Droit romain, théologie scolastique quelle parenté peut-on imaginer entre deux productions de l'esprit aussi éloignées l'une de l'autre par leur nature, leur objet, leur étendue ? Le droit est un art et la théologie une science ; le droit recherche la justice humaine, la théologie les vérités divines ; Rome est bornée dans le temps et l'espace, la scolastique se meut dans l'éternel et l'infini. Quoi de commun entre ces balances fragiles et ce diamant irrisé qui symbolisent le droit et la théologie ?

Un humaniste répondrait ironiquement belle opposition scolastique ! Vous entre-choquez des vues de l'esprit et les réalités vous démentent. Saint Thomas se nourrit de Justinien, certains jours de fête ou de pénitence. M. l'abbé Aubert le démontre et l'explique dans une thèse qu'ont louée en parfait accord des maîtres de la théologie et du droit romain, rassemblés par cette symphonie dans le palais de l'Université de Strabsourg.

L'alliance était bien antérieure à saint Thomas elle remontait aux origines de la théologie. Cyprien, Ambroise, Augustin n'ont-ils point dû aux jurisconsultes classiques une bonne part de leur culture ? Quand les Pères de l'Eglise approfondissaient les mystères ou discutaient sur la validité des sacrements, quand les évêques définissaient en conciles œcuméniques ou particuliers les dogmes christologiques (et non seulement les règles du mariage), le droit romain leur fournissait une terminologie, des catégories, une dialectique.

Ensemble, le droit romain et la théologie s'assoupirent aux premiers siècles du moyen âge. Leur renaissance s'accomplit en même temps, au début du XII^e^ siècle. Irnerius est contemporain d'Anselme de Laon ; Bulgarus, de Pierre Abélard ; Placentin, de Pierre de Poitiers. Le grand siècle du droit romain est aussi le grand siècle de la théologie (comme du droit canon). Dans Bologne resplendissaient la Somme d'Azon et la glose d'Accurse au temps où s'élaboraient les grands commentaires des *Sentences*. Justinien tentait si violemment clercs et moines que le droit canon ne cessait de leur interdire la fréquentation des cours de Pandectes et d'Institutes. Au milieu de cette effervescence, Thomas composait ses commentaires et ses Sommes.

Un vaste champ s'ouvrit au droit romain quand les théologiens annexèrent à leur domaine la théorie du droit et de la loi. Fonctions, qualités, sanctions de la loi, tous les problèmes qui avaient occupé le génie des philosophes grecs et des jurisconsultes romains se présentaient à l'auteur de la *Somme théologique*. Quelle influence fait-il prédominer

dans la notion d'utilité commune ou d'équité ? Si l'on considère le droit public, quel sens donne-t-il aux maximes romaines sur le pouvoir et l'irresponsabilité du Prince ? Tout l'ordre juridique rentrait, avec l'ordre moral, dans les cadres des scolastiques. Et l'ordre juridique ils en voyaient la solide armature dans le *Corpus* justinien.

D'une façon toute concrète, l'organisation de la société religieuse et de la société civile exigeait un système juridique. Avec une parfaite simplicité, saint Thomas allègue les axiomes, les définitions et les distinctions des Romains. Il aborde les redoutables *differentiae* entre lois romaines et morale chrétienne sur le gain illicite, la prescription, la lésion, l'usure, l'esclavage, la propriété privée. Non pour souligner les oppositions ou chercher la concorde comme font les canonistes, mais pour expliquer les singularités troublantes et pour assimiler l'utile. Ainsi l'usure lui paraîtra-t-elle s'expliquer par la notion du moindre mal, dans le monde antique. Ainsi, droit naturel signifie pour lui, *jus gentium*, simple unanimité d'usage, dans les textes du Stagyrite qui semblent justifier la servitude.

Un appel plus subtil au droit romain résultait d'une analogie dont les théologiens ont aperçu séparément les aspects toute la condition surnaturelle est calquée sur la condition naturelle. Le baptême est une naissance ; le *status viae*, une adoption divine ; la vocation engage dans un *status vitae* : cléricature, mariage, religion. Et la doctrine même de ce dernier état, qu'il s'agisse de l'admission d'un débiteur insolvable dans un ordre ou du problème beaucoup plus général et profond du vœu, c'est encore le droit romain qui aide à la résoudre.

Les relations avec Dieu font apparaître un système de créances et de dettes (encore que l'homme, seul, puisse être partie dans un contrat) ; des faillites, qui font retomber le pécheur dans la servitude ; la solidarité active de la communion des saints. En toutes ces affaires, le *negotium* tient une place moindre que le *judicium* : saint Thomas use et abuse de la comparaison du procès. M. l'abbé Aubert constate cette obsession de l'analogie judiciaire.

Jusque dans l'Au-delà, le droit romain trouve son emploi. Non seulement au Jugement particulier, mais dans la condition des bienheureux : leurs ornements sont une dot ; la hiérarchie des Anges, que l'Aéropagite fondait sur les degrés de la connaissance, est, dans la *Somme théologique*, le type de la hiérarchie civile.

Tant de recours signifient-ils que le droit romain inspira profondément saint Thomas ? On hésiterait à l'affirmer. Les citations ne surabondent point. Leur valeur est souvent confirmatoire ou formelle. Une préoccupation théologique et nullement juridique, suggère allusions et allégations.

Cependant, quel sens profond revêt la déférence de l'Aquinate pour le droit romain ! Il a incorporé à la science de Dieu les références romaines des gloses du *Corpus* canonique. Dans une conférence déjà

ancienne, puisqu'elle date du 15 mars 1928, j'ai relevé la part du droit canon dans l'œuvre de saint Thomas. Nulle dans ses opuscules sur les *Décrétales*, elle est sensible dans ses disputes quodlibétales, dans les dernières parties de la Somme et dans la querelle des ordres mendiants avec les séculiers, c'est-à-dire principalement dans ses œuvres parisiennes. Mes statistiques faisaient ressortir un usage indirect du *Corpus*, M. l'abbé Aubert aboutit à la même conclusion. Thomas emprunte plus aux commentateurs qu'aux sources mères. Si le *Décret* et les *Décrétales* lui fournissent peu d'éléments, leurs glossateurs ordinaires ont cité presque tous les textes romains que Thomas utilise. Les canonistes offraient donc le secours de l'expérience et de la sagesse romaine pour illustrer ou fortifier les conclusions de la théologie.

En quelques pages vigoureuses, M. l'abbé Aubert caractérise la position de Thomas au milieu des juristes. Représentant d'une plus haute discipline, il les rabroue sans ménagements. Mais il collabore avec eux — romanistes ou canonistes — dans la transformation des méthodes et de l'esprit. L'ample exposé des arguments contraires, la solution et sa défense minutieuse couronnent un long effort que Gratien avait inauguré. Vers le même temps, Hostiensis publiait sa *Somme* et Jacques de Revigny honorait la lignée des romanistes.

De ces larges emprunts saint Thomas ne songeait point à composer une synthèse humaniste. N'aboutissait-il point cependant à une sorte d'humanisme surnaturel ? En faisant concourir toutes les forces de l'esprit à l'intelligence des choses divines, il ramenait à leur source les images et les pensées dont le Créateur a comblé, par une munificence gracieuse, les Grecs et les Romains. L'obscure vérité d'un fragment pomponien remontait à l'Etre absolu, d'où procède toute vérité. Ainsi, une subtile ontologie, une saine doctrine de la participation justifiait des exercices dont la bizarrerie nous déconcerte autant que leur adresse éblouit.

En échange de ses modestes services, le droit romain recevait chez Thomas un accueil et un traitement qui exaltaient sa dignité. Don, contre-don, l'ouvrage qu'on va lire décrit cette heureuse balance, qui est l'une des discrètes harmonies du moyen-âge.

Le 29 novembre 1954.

Gabriel Le Bras,
Professeur à la Faculté de droit de Paris,
Directeur d'études à l'Ecole pratique des Hautes-Etudes,
Professeur à l'Institut de droit canonique de Strasbourg.

TEXTES DE S. THOMAS

CS = Commentaires des Sentences de Pierre Lombard.
ST = Somme Théologique.
De Verit. = Quaestio disputata De Veritate.
De Malo = id. De Malo.
De Correct. = id. De correctione fraterna.
Quodlib. = Quaestio quodlibetalis.
Contra impugn. = Opusculum Contra impugnantes Dei cultum.
Contra pestif. = id. Contra pestiferam doctrinam.
De Perfect. = id. De Perfectione vitae spiritualis.
Ethic. = Commentaire de l'Ethique à Nicomaque d'Aristote.
Polit. = Commentaire de la Politique d'Aristote.

Les commentaires bibliques sont désignés par les abréviations en usage pour le texte sacré lui-même.

Pour les subdivisions, l'ordre des chiffres correspond à celui des subdivisions employées pour chaque ouvrage ; ainsi

dans le CS : livre (en chiffres romains), distinction, question (quelquefois inexistante), article, quaestiuncula (quelquefois inexistante aussi) ;

dans la ST : partie (en chiffres romains ; la IIa pars est subdivisée en deux, I.II et II.II), question, article ;

dans les questions disputées questions, article ;

dans les quodlibets n° du quodlibet (en chiffres romai (pas de question).

Les subdivisions infimes sont ainsi abrégées : ob. = objection ; sed c. ou s.c. = sed contra ; co. = corps de l'article ; ad = réponse à une objection (avec n° correspondant).

Les commentaires d'Aristote ne comportent que l'indication du li et de la leçon de S. Thomas.

Les opuscules ne comportent qu'une indication de chapitre.

TEXTES DE DROIT ROMAIN

Dig. = Digeste ; *Ins.* = Institutiones ; *Cod.* = Code ; *Nov.* = Novelles. Les chiffres indiquent les subdivisions dans leur ordre respectif (livre, titre, fragment ou loi, paragraphe s'il y a lieu ; chapitre dans les Novelles).

TEXTES DE DROIT CANON

Pour le Décret de Gratien *Di.* = Distinctio ; *Ca.* = Causa.

Les Décrétales de Grégoire IX sont indiquées par X.

Les chiffres indiquent les subdivisions employées dans chaque cas (questions, chapitres ou canons...).

Quand la glose ne porte pas sur le début du texte cité, le mot qui la désigne est mis entre parenthèses ; selon les cas est indiquée l'ancienne numérotation de la glose du Décret, lorsqu'elle diffère de celle de l'édition de Friedberg.

Remarque. — Dans la transcription des textes de S. Thomas, les passages écrits en caractère italique sont ceux qui comportent une similitude d'expressions avec les textes romains correspondants.

AVANT-PROPOS

Cet ouvrage reproduit le texte revu et mis à jour d'une thèse de doctorat soutenue le 28 juin 1951 devant l'Université de Strasbourg. Qu'il nous soit permis dans cet avant-propos d'exprimer notre gratitude envers ceux qui en ont été à l'origine comme à ceux qui nous ont aidé à le mener à bien.

Nous n'aurions jamais songé à étudier un tel sujet, qui de prime abord paraissait offrir une matière bien exiguë, si nous n'avions été mis sur la piste par notre maître, le R.P. Bigador, s.j., doyen de la Faculté de Droit canonique de l'Université Grégorienne de Rome.

Après nous être assuré que le terrain n'avait jamais été prospecté par d'autres, nous entreprîmes nos recherches dont les débuts s'avérèrent assez décevants ; car vouloir déceler dans l'œuvre immense de saint Thomas d'Aquin les traces d'influence du droit romain évoquait un peu la tentative de rechercher une aiguille dans un tas de paille ; toutefois, stimulée par des encouragements qualifiés, tel celui de M. le Professeur Le Bras, ou celui du R. P. Arbus, de l'Ecole de Théologie de Saint-Maximin, la poursuite des recherches nous mit face à un bilan non négligeable se prêtant à une étude systématique.

Aussi de retour de Rome, Mgr Gaudel, évêque de Fréjus-Toulon, nous orienta vers l'Université de Strasbourg, où il professa de longues années et où nous avons été très cordialement accueilli par Mgr Andrieu, doyen de la Faculté de Théologie catholique et par M. Metz, directeur de l'Institut de Droit canonique.

Notre travail poursuivi et mis en forme sous la direction éclairée et le patronage de M. Dénoyez, Professeur à Strasbourg, devint la thèse dont il présida lui-même, avec MM. Torquebiau et Villey, le jury d'examen.

Depuis, deux années se sont écoulées ; et nous n'aurions jamais songé à pouvoir publier cette étude si l'occasion providentielle ne nous en avait été offerte par le R. P. Chenu, o.p., directeur de la *Bibliothèque Thomiste*. Notre reconnaissance envers lui n'est pas seulement motivée par cet accueil inespéré, mais aussi par la conscience de ce que lui doivent la méthode et l'esprit de ce livre.

A publier l'ouvrage, il fallait en profiter pour le revoir et le mettre à jour ; c'est ce qui a été fait. Cette opération nous a été grandement

facilitée par les remarques et bienveillantes observations d'un des membres de notre jury, M. le Professeur M. Villey, qui a bien voulu accepter de revoir et annoter le texte nouveau de certaines pages (sur le droit naturel en particulier) ; qu'il en soit remercié.

Ainsi achevé, ce livre n'a pas la prétention d'être complet ; mais il veut simplement attirer l'attention sur une source de saint Thomas qui, jusqu'alors, n'avait fait l'objet d'aucune enquête précise ; ce qui permettra peut-être de mieux mettre en lumière certains points de la doctrine thomiste et de mieux juger de la personnalité de son auteur.

Grand Séminaire de La Castille (par La Crau, Var), 7 mars 1953.

INTRODUCTION

Le renouveau des études thomistes depuis la fin du siècle dernier[1] a suscité une production littéraire énorme[2], autour de la personne et de la doctrine de saint Thomas.

L'effort a surtout porté à ressusciter et vulgariser la pensée du Docteur Angélique dans le but d'y trouver une réponse chrétienne aux problèmes posés par le monde moderne et une réfutation des doctrines condamnées par l'Eglise.

L'orientation de cet effort ayant été surtout doctrinale, l'aspect historique et critique des problèmes soulevés n'a pas souvent été envisagé comme il l'aurait dû.

En particulier le problème des sources de la doctrine de saint Thomas n'a été que rarement abordé, et encore uniquement sur quelques points spéciaux[3].

En tout cas l'effort des rares chercheurs en ces domaines s'est limité, cela allait de soi, aux influences les plus importantes Aristote, la Bible, saint Augustin, les Pères de l'Eglise.

Cependant les auteurs qui se sont penchés sur la doctrine sociale et politique de saint Thomas ont généralement signalé une source importante en ces matières le droit romain.

1. Renouveau provoqué en grande partie par les directives de Léon XIII (Encyclique « Aeterni Patris », 4 avril 1879, *Acta Sanctae Sedis*, 12/1879, pp. 97 et suiv.), de Pie X (Motu proprio « Doctoris Angelici », 29 juin 1914, *Acta Apostolicae Sedis*, 6/1914, pp. 316 et suiv.), et de Pie XI (Encycl. « Studiorum ducem », 29 juin 1923, *Acta A.S.*, 15/1923, pp. 323 et suiv.).

2. Littérature inventoriée jusqu'en 1921, par MANDONNET et DESTREZ, dans *Bibliographie Thomiste*, Le Saulchoir, 1921 ; la littérature postérieure a été régulièrement répertoriée par le *Bulletin Thomiste* ; les indications de ce périodique ont été récemment réunies en un volume (avec quelques additions) par V.-J. BOURKE, *Thomistic Bibliography*, S. Louis, U.S.A., The modern Schoolman, 1945.

3. Ainsi les principales contributions dont nous avons utilisé les méthodes : G. von HERTLING, *Augustinus-Citate bei Thomas von Aquin*, paru dans les *Sitzungberichte* (séance du 3 déc. 1904) *der philosophisch-philologischen und der historischen Klasse der königlisch-bayerrischen Akademie der Wissenschaften zu München*, Munich, 1905, pp. 535-602, où l'auteur étudie 250 citations de S. Augustin ; M. GRABMAN, *Die Aristoteleskommentare des hl. Thomas v. Aquin*, paru dans *Mittelalterlisches Geistesleben*, I, 1926, pp. 266-313 ; C. SPICQ, *S. Thomas exégète*, *Dictionnaire de Théologie Catholique* de Vacant, XV, col. 694-738 ; et G. GEENEN, *S. Thomas d'Aquin et les Pères*, même dictionnaire, XV, col. 738-761.

Les premiers à attirer l'attention sur ce point furent Schneid[1] et Maurenbrecher[2]. Kuhlmann, dans la suite, démontra l'importance de la chose dans la doctrine de la loi chez saint Thomas[3].

Enfin les travaux plus récents de Linhardt[4] et surtout de Schilling[5] et de Fuchs[6] ont confirmé la chose en montrant par là l'intérêt qu'il y aurait à étudier dans son ensemble l'influence du droit romain dans l'œuvre de saint Thomas[7].

C'est ce qui nous a décidé à entreprendre ce travail. Ayant pris comme point de départ les indications de ces auteurs, nous avons étendu nos recherches à l'ensemble de l'œuvre du Docteur Angélique ; sans prétendre avoir inventorié toutes les citations ou influences du droit romain dans cette œuvre immense[8], nous avons cependant recueilli un nombre sérieux de textes (plus de 150), suffisant pour servir de base à une étude d'ensemble.

Un premier chapitre donne la liste des textes inventoriés, classés par matières, et précédés de quelques indications générales sur leur contexte littéraire.

Les quatre chapitres suivants étudient les divers types d'utilisation du droit romain par saint Thomas, en allant progressivement du type le plus extérieur et factice jusqu'à l'influence formelle et doctrinale chapitre II utilisation analogique ; chapitre III utilisation dialec-

1. M. SCHNEID, *Aristoteles in der Scholastik*, Eichstätt, Hugendubel, 1875, qui écrit : « Dabei bekundet der Engel der Schule eine Vertrautheit mit dem canonischen und römischen Recht, die überraschen muss. Er citiert aussem der Dekret des Gratians die Rechtsgelehrten Ulpian, Pomponius, Papinianus » (p. 148). Schneid cite une constatation de A. JOURDAIN (*Recherches critiques sur les anciennes traductions latines d'Aristote*, Paris 1843, tome I, p. 364) « la partie de ses œuvres (S. Thomas-traité des lois) que nous allons analyser est peut-être la meilleure introduction à l'étude des lois qui ait été écrite » (p. 146 dans Schneid).

2. MAURENBRECHER, *Thomas von Aquinos Stellung zum Wirtschaftsleben seiner Zeit*, Leipzig, Weber, 1898 ; ainsi p. 7, Maurenbrecher se plaint que la plupart des écrits sur S. Thomas n'ont que le but d'appliquer une autorité infaillible à la solution de problèmes économiques et politiques modernes ; p. 9 il mentionne qu'un des premiers à insister sur l'importance du droit romain chez S. Thomas a été ASHLEY, dans l'article *Aquina*, du *Dictionary of Political Economy*, de Palgraves, vol. I.

3. B.E. KUHLMANN, *Der Gesetzbegriff beim hl. Thomas von Aquin im Lichte des Rechtsstudiums seiner Zeit*, Bonn, Hanstein, 1912 (Thèse), cf. pp. 98-107 ; on peut lire dans la préface à cet ouvrage (pp. V-VII) quelques autres témoignages sur l'importance de S. Thomas en matière de droit émanant de plusieurs juristes importants.

4. R. LINHARDT, *Die Sozial-Prinzipien des hl. Thomas von Aquin*, Freiburg im Brisgau, Herder, 1932 ; par ex. pp. 23, 189.

5. O. SCHILLING, *Die Staats-und Soziallehre des hl. Thomas von Aquin*, 8° éd. Munich, Max Hüber, 1930, pp. 274, par ex.

6. J. FUCHS, *Die Sexualethik des hl. Thomas von Aquin*, Köln, Bachem, 1949, pp. 112, 174, etc...

7. On peut noter que cette influence a été relevée plus par les spécialistes des questions juridico-sociales et morales que par les historiens généraux de l'œuvre de S. Thomas ; par exemple si M. Grabmann reconnaît incidemment « Ab und zu bringt Thomas auch Zitate aus dem römischen Recht » (dans *Thomas von Aquin*, Munchen, 8° éd., 1949, p. 60), E. WALTER est plus catégorique : « Eine Hauptquelle sind ihm (S. Thomas) die Kirchenväter und das römische Recht » dans son article *Thomas von Aquino* du *Handwörtebuch der Staats-wissenschaften* de L. ELSTER-WEBER-WIESER, Iéna Fischer, 1928, 8° volume, col. 232 ; l'auteur situe l'importance de la doctrine de S. Thomas relativement aux transformations économiques et politiques du XIII° siècle.

8. L'édition de Parme des œuvres complètes de S. Thomas, par exemple, comprend 24 volumes in-4° d'un texte serré, qui se répartit sur près de 30.000 colonnes.

tique (argumentation rationnelle) ; chapitre IV utilisation doctrinale indirecte (le droit romain et la dignité de l'ordre juridique) ; chapitre V : utilisation doctrinale directe (le droit romain et la philosophie du droit).

Le chapitre final, en résumant ces données, s'efforce de répondre à la question : peut-on dire que saint Thomas a eu l'esprit d'un juriste ? Il y est répondu en étudiant son attitude vis-à-vis des juristes de son temps, de sa connaissance des matériaux juridiques et surtout de la méthode employée[1].

1. Nous nous sommes un peu inspiré, pour la méthode, d'un travail similaire fait à propos de Tertullien et S. Cyprien : Alex. Beck, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian* (*Schriften der königsberger Gelehrten Gesellschaft*, Heft 2), Halle/Saale, Max Niemeyer, 1930.

CHAPITRE PREMIER

LES CITATIONS DE DROIT ROMAIN ET LEUR CONTEXTE LITTÉRAIRE

L'œuvre de saint Thomas se situe dans les années comprises entre 1256 et 1274[1], durant lesquelles il enseigna alternativement deux fois à Paris et en Italie.

Son œuvre n'est pas uniforme ; elle revêt des genres littéraires très variés. Aussi, pour donner l'importance véritable à chaque texte rencontré, il est nécessaire de dire quelques mots sur les caractéristiques principales des ouvrages de saint Thomas, dans lesquels nous avons rencontré des citations. (Pour les éditions utilisées, voir p. 141)

A – *Les Commentaires.* Le commentaire est le genre littéraire de base du Moyen Age, « à ce point qu'on peut, pour une part, définir par lui la scolastique[2]. »

a) Commentaires bibliques ; ils portent principalement sur les Psaumes, les Prophètes, deux Evangiles (Matthieu et Jean) et les Epîtres de saint Paul. Le commentaire de la Bible était une partie essentielle de l'enseignement magistral à la faculté de théologie. On y rencontre peu de citations étrangères au texte sacré.

b) Commentaires d'Aristote ils sont une analyse serrée et litté-

1. Pour le contexte historique, cf. VAN STEENBERGHEN, *Le XIII^e siècle ;* dans *Le mouvement doctrinal du XI^e au XIV^e siècle*, vol. 13 de l'*Histoire de l'Eglise*, de FLICHE-MARTIN, Paris, Bloud et Gay, 1951, pp. 179-330 ; sur S. Thomas voir pp. 246-265 (avec bibliographie récente).

La personnalité elle-même de S. Thomas est magistralement tracée par M. GRABMANN, *Thomas von Aquin. Eine Einführung in seine Persönlichkeit und Gedankenwelt*, München, 1935, 6^e éd. Voir aussi : P.A. WALZ, *Thomas d'Aquin (saint)*, I, vie, III, écrits, dans le *Dict. de Théol. Cathol.*, XV, 1946, col. 618-631 et 635-641. La meilleure initiation à la doctrine de S. Thomas est : M.D. CHENU, *Introduction à l'étude de S. Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 1950.

Sur les œuvres elles-mêmes de S. Thomas voir la 3^e édit. de l'ouvrage fondamental de GRABMANN, *Die Werke des hl. Thomas von Aquin*, Münster, Aschendorff, 1949.

2. CHENU, *op. cit.*, p. 176.

rale du texte. Là aussi se rencontrent peu de citations de droit. D'ailleurs l'utilisation de ces « expositiones » (c'est le nom exact de ces commentaires) est délicate, car il est souvent difficile de déterminer dans quelle mesure saint Thomas prend à son compte la doctrine commentée[1].

B – *Œuvres systématiques.*

a) Le Commentaire des Sentences de Pierre Lombard (abrév. CS). L'ouvrage de P. Lombard était le texte officiel de l'enseignement élémentaire du jeune professeur. Le commentaire de saint Thomas (premières années d'enseignement) n'a du commentaire véritable que le nom, d'ailleurs donné par la tradition (le titre exact est « Scriptum super Sententiis »). Le texte de base ne fournit que les divisions générales et les sujets à traiter ; pour le reste la liberté du commentateur est entière et se manifeste par des développements personnels. Nous verrons en quel esprit, dans la suite. Quand nous parlons simplement de Commentaire des Sentences, il s'agit toujours de cet ouvrage.

b) La Somme Théologique c'est l'ouvrage (inachevé) de la fin de la vie de saint Thomas. Conçu sur un plan rationnel, dégagé de tout but scolaire, il constitue le chef-d'œuvre de l'auteur. Le développement de chaque partie se fait de même façon que dans l'ouvrage précédent, mais avec la perfection d'une pensée parvenue à maturité[2] (abr. : ST).

C – *Autres écri*

a) Questions disputées et quodlibétiques. Ce sont des écrits issus des disputes scolaires académiques, « produit accompli de la pensée médiévale[3] ». Ces questions sont groupées autour d'une idée générale indiquée par le titre : ainsi nous utiliserons *De veritate, De malo, De correctione fraterna.* Certaines de ces questions constituent un genre à part, en raison de l'extrême variété des sujets traités ce sont les questions quodlibétiques.

b) Somme contre les « Gentils », ouvrage philosophique et théologique qui réfute diverses erreurs.

1. Cela est vrai surtout ur les Commentaires de l'Ethique à Nicomaque et de la Politique d'Aristote, les seuls qui concernent notre sujet. Pour ce problème délicat voir l'état de la question dans LINHARDT, *op. cit.*, p. 17 et suiv. Au sujet de ces textes remplis d'allusions à l'économie et la politique, il ne faut jamais perdre de vue que S. Thomas les a lu avec les yeux d'un homme du Moyen Age, et en fonction des données de son époque : « Thomas schreibt seinen Kommentar eben nicht in rein historischen Interesse ; sondern aus seiner Zeit und für seine Zeit » (LINHARDT, p. 19). Voir aussi MAURENBRECHER, *op. cit.*, p. 42 et suiv. : « An die Stelle des ant' en Staatsbegriffes ist ihm das Bild der mittelalterlichen Stadt getreten » (p. 44).

2. Un pieux disciple a complété la Somme théologique inachevée, en ajoutant à la suite de la III[e] partie un « supplément », extrait du commentaire du IV[e] livre des Sentences ; l'écart entre les deux écrits (près de 20 ans) rendait l'opération hasardeuse ; sur cette question voir les remarques critiques des éditeurs de l'édit. léonine des œuvres de S. Thomas, Tome XII, pp. I-XLVIII. cf. aussi plus loin p. 111 et 112.

Il est évident que les citations très nombreuses que nous rencontrons dans ce supplément ne peuvent pas être utilisées comme telles ; nous les donnerons toujours d'après le texte du Commentaire des Sentences.

3. CHENU, *op. cit.*, p. 241.

c) Opuscules écrits de circonstances, rédigés soit pour répondre à une demande, soit pour intervenir dans une polémique. Parmi le premier genre nous utiliserons le *De regimine principum (De regno)*, inachevé, exposant la doctrine politique de saint Thomas ; parmi les seconds « *De perfectione vitae spiritualis, Contra impugnantes Dei cultum et religionem* et *Contra pestiferam doctrinam retrahentium homines a religionis ingressu*[1].

La grande majorité des citations de droit romain se rencontre dans le Commentaire des Sentences, la Somme Théologique et les Questions disputées ou quodlibétiques.

Ce fait ne fait qu'exprimer la similitude de méthode et de composition de ces ouvrages. Pour comprendre le rôle joué par les citations, il faut donc rapidement rappeler en quoi consiste cette unité.

Le genre littéraire de base pendant tout le Moyen Age est le commentaire, la glose (et cela dans toutes les branches du savoir théologie, philosophie, droit, etc.). Mais à partir de la deuxième moitié du XIII[e] siècle, se développe, en grande partie sous l'influence de saint Thomas, un genre nouveau, appelé à un grand avenir, et qui pousse vers un progrès incessant, celui de la *quaestio*[2].

Au lieu du commentaire d'un texte paralysant, la « quaestio » met en forme un problème, groupe les divers éléments qu'elle oppose pour les intégrer en une solution rationnelle (et cela aussi dans tous les domaines). Issue d'abord du commentaire lui-même, en marge de la glose, elle s'érige peu à peu en système autonome, pour culminer dans les écrits systématiques (Sommes théologiques, sommes de droit)[3]. L'application concrète de la *quaestio* est essentiellement l'article, unité élémentaire d'un raisonnement théologique. Comment se développe alors l'article ?

Il consiste d'abord en une question posée, problème à résoudre qui place l'esprit dans le doute (*Utrum* ...?) ; la réponse n'est pas donnée de suite ; auparavant il faut resserrer la limite du doute, porter la tension de l'esprit à son maximum ; c'est le résultat de l'apport de raisons opposées, pour ou contre le doute (videtur quod non... sed contra est...). Ces raisons sont souvent appelées « objections » ; mais il faut prendre garde de ne pas entendre ce terme dans son sens actuel : il désigne simplement une difficulté. De même l'argument opposé,

1. Les abréviations qui désignent ces œuvres sont indiquées à la page 8.

2. Les études médiévales récentes ont bien mis ce point en lumière, cf. CHENU, *op. cit.*, pp. 71 et suiv.

3. Sur la *quaestio* en droit romain, par exemple, voir KANTOROWICZ, *The « quaestiones disputatae » of the « Glossatores »* dans *Revue historique du droit*, 1938, pp. 19 et suiv.
Pour replacer le problème dans le contexte scolaire de l'époque on peut utiliser l'excellente synthèse donnée par Christine THOUZELLIER : *L'enseignement et les Universités*, chapitre IV de *La Chrétienté médiévale*, vol. 10 de l'*Histoire de l'Eglise*, de FLICHE-MARTIN, *op. cit.*, 1950, pp. 341-386.

le *sed contra*, n'est pas de soi l'énoncé de la thèse de l'auteur, c'est une raison opposée à l'objection.

Ainsi à la suite de ces alternatives d'arguments opposés, l'esprit est mis en éveil et prêt pour la solution. Celle-ci constitue le « corps » de l'article *(respondeo dicendum...)*. Viennent ensuite les réponses particulières aux difficultés *(ad primum dicendum...)*.

Or beaucoup de nos citations se rencontrent dans les *objectiones* ; cela ne signifie donc pas que l'auteur les considère comme opposées à sa doctrine ; loin de là, ces textes apportés pour créer une difficulté, ne sont pas rejetés par la suite de la démonstration. Au contraire la réponse les intègre, montrant que la difficulté n'était qu'apparente, n'envisageant qu'un aspect de la question. Cette intégration se fait généralement à l'aide d'une distinction. C'est là tout l'art de la dialectique médiévale ; nous le verrons en exercice dans la suite.

On peut de plus se demander quel a été le mobile qui fut à l'origine d'une telle méthode ; il est utile, en effet, d'en prendre conscience au début de ce travail. Sa connaissance explique beaucoup de choses.

Dès l'éveil de la science médiévale, se posa le problème de la conciliation des textes, patristiques ou conciliaires, des *auctoritates*, comme on disait, que l'on devait obligatoirement prendre en considération. De fait toute la tradition avait transmis un lot hétéroclite de textes disparates, cités en dehors de tout contexte. D'origines fort diverses, dans le temps comme dans l'espace, ils semblaient se contredire. La Chrétienté médiévale, toute tendue vers un idéal d'unité (spirituelle comme temporelle) ne pouvait accepter cette contradiction.

Ce fut ainsi le travail commun de la théologie et du droit canonique de tenter cet effort de conciliation qui a toujours tendu, non pas à supprimer telle ou telle « auctoritas » gênante, mais à l'expliquer, à la concilier avec les autres.

On a là toute la signification de l'œuvre d'un Abélard *(Sic et non)*, ou d'un Gratien dont le Décret a comme titre véritable *Concordia discordantium canonum*[1].

On comprend ainsi quel est le sens de l'alternative dialectique qui inaugure tout article. C'est l'apport d'arguments, d'autorités, qui semblent se contredire en fait le but du travail est de les concilier, de les intégrer dans une doctrine générale, à l'aide d'un raisonnement.

L'*auctoritas*, c'est-à-dire le texte invoqué, est donc toujours prise en considération, tout en se trouvant insérée dans une *objectio* (c'est le cas général) ; elle n'est pas réfutée, elle est conciliée avec l'ensemble[2].

Il est enfin évident que cette tentative de conciliation ne va pas sans déformer le texte ; pour le concilier, on lui fait facilement dire autre chose que ce que voulait son auteur. D'ailleurs ce n'est pas la pensée de celui-ci que l'on recherche, mais c'est la vérité objective ; « l'étude de la philosophie n'est pas destinée à nous faire savoir ce que les hommes ont pensé, mais ce qu'il en est réellement de la vé-

1. Sur toute cette évolution, voir l'ouvrage fondamental de J. de GHELLINCK, *Le mouvement théologique du XII^e siècle*, 2^e édit. Bruxelles, Paris, Desclée De Br., 1948.
2. Cf. pour le traitement des *auctoritates*, CHENU, *op. cit.*, p. 107 et suiv.

rité[1]. » Et cette vérité est recherchée à travers les témoignages les plus divers.

Il ne faudra donc pas nous étonner des utilisations les plus inattendues de textes de droit romain, souvent introduits dans des contextes bien éloignés de leur origine. Il faut alors avoir toujours devant les yeux ces principes de méthodologie médiévale, si éloignée de nos habitudes de pensée, pour juger impartialement de la place qu'a occupée le droit romain dans l'œuvre de saint Thomas.

On peut grouper des citations selon des ordres très divers, par exemple selon la place dans un ouvrage (ici la place dans l'article de la quaestio objectio, sed contra, corps, réponses...), ou bien selon la qualité de la citation, explicite ou non, littérale ou non, etc...

Pour l'ensemble de notre travail nous avons adopté en gros le système de classification employé par Von Hertling pour les citations de saint Augustin, en le modifiant selon les exigences de notre matière spéciale. Nous pensons avoir ainsi abouti à une classification qui découle de la nature même de notre sujet ; elle est à la base de la distribution des quatre chapitres suivants.

Cependant il importe, avant de commencer l'étude des diverses utilisations dont ces citations ont été l'objet, d'avoir une idée d'ensemble des matières juridiques sur lesquelles elles portent.

Pour cela nous donnons un répertoire dans lequel ces citations sont groupées selon un ordre de matières.

De plus ce répertoire groupe et résume toutes les indications utiles, réparties en diverses colonnes[2].

La Justice.

1	virginité			Digestorum
2	vérité			id.
3	justice			Iurisperitae

Le droit.

4	décalog.	*CS.III.37.3.s.c2*	.1.1.1	Celsus
5	adoption	*CS.IV.42.2.1*	id.	
6	droit	*ST.II.11.57.1.ob1*	id.	Celsus
7	droit	*ST.II.11.57.1.ad1*	D.1.1.1.11	

1. Texte de S. Thomas (*De caelo*, I, 22) traduit par CHENU, *op. cit.*, p. 130.

2. colonne n° 1 = numéro d'ordre,
colonne n° 2 = le contexte doctrinal, indiqué par un ou deux mots, dans l se rencontre la citation,
colonne n° 3 = référence dans le texte de S. Thomas,
colonne n° 4 = référence dans le texte du *Corpus Juris Civilis* = Digeste, C. = Code, In. = Institutes, Nov. = Novelle),
colonne n° 5 = expression employée par S. Thomas pour annoncer la citation ; s'il n'y a rien c'est que la citation est implicite,
colonne n° 6 = indication si le texte se retrouve dans le droit canon ou S. Raymond de Pennafort, par le sigle = DC.

De plus sont écrites en caractères italiques les citations qui présentent un caractère plus ou moins littéral (quelque similitude d'expression avec le texte romain).

Ius naturale.

8	mariage			Digestorum
9	mariage			id.
10	bigamie			
11	bigamie			id.
12	parenté			
13	loi natur.			
14	fornicat.			

Ius gentium.

15	droit			
16	droit			Iurisconsultus
17	droit			Iurisconsultus
18	droit			Gaius

La Loi.

19	loi	*ST.I.11.92.2.ob1*	D.1.3.1	Legisconsultus
20	id.	*ST.I.11.96.1.sc*	D.1.3.3.4	Iurisperitus
21	id.	*De Correc.2.ob18*	id.	
22	id.	*ST.I.11.92 intr.*	D.1.3.7	Legisperitus
23	id.	*ST.I.11.96 1.ad2*	id. 1	
24	décalog.	*CS.III.37.3.ob4*	D.1.3.20	ff. de leg. et sen.
25	loi	*ST.I.11.95.2.ob4*	id.	Iurisperitus
26	id.	*ST.II.11.60.5ad2*	id. 25	Iurisperitus
27	id.	*ST.I.11.96.6.co*	id. 25	Iurisperitus
28	id.	ST.I.11.95.3.co	id. 25	Iurisperitus
29	épikie	*ST.II.11.120.10b3*	C.1.14.1	Imperator in Codice
30	id.	*ST.II.11.120.1ad1*	C.1.14.5	Imperator in Cod.
31	préceptes	CS.IV.15.3.1.4ad3	id.	
32	loi	*ST.I.11.90.4.ob.3*	C.1.14.7	iura DC
33	id.	*ST.I.11.96.5.ob.3*	D.1.3.31	Iurisperitus
34	id.	*(ST.I.11.96.5.ad.3)*	C.1.14.4	in Codice
35	id.	*ST.I.11.90.1.ob.3*	D.1.4.1	Iurisperitus
36	justice	*De Verit.23 6.ob.2*	D.1.4.1	Legislator
37	loi	*ST.I.11.97.2.co*	D.1.4.2	Iurisperitus
38	infidélité	*ST.II.11.10.7.ob2*	C.1.1.4	Lex Marciani
39	esclavage	*CS.IV.36.1.2.ad2*	In.1.8.2	
40	jeûne	*ST.III.80 8.ad5*	D.2.12.8	
41	divorce	CS.IV.35.1.6.ad.3	C.1.14.6	

Status libertatis.

42	états
43	religion
44	péché
45	id.
46	mariage
47	id.

Adoption.

48	adoption
49	id.
50	id.

51		id.	In.1.11.1	
52		id.	In.1.11.2	
53		id.	D.1.7.2	
54		id.	C.8.48.10	
55		CS.IV.42.2.3.ad4	D.1.7.2	
56		CS.III.10.2.1.2ob1	D.1.7.16	
57		CS.IV.42.2.1.ad5	id.	
58		CS.IV.42.2.1.ob3	D.1.7.2	
59		id.	D.1.7.17	
60		id.	In.1.11.10	
61		id. ad3	D.1.7.21	
62		CS.III.10.2.1.1.ob3	C.8.48.2	
63		CS.IV.42.2.1.ad6	D.1.7.2	
64		CS.IV.42.2.3.ad3	D.1.7.21	
65		CS.IV.42.2.2.co	D.1.7.23	Leges

Légitimation.

66	légiti	CS.IV.41.1.3.3.co		Leges
67		CS.IV.41.1.3.2.co		

Tutelle.

68	fiançailles			
69	mariage			Leges

Mariage.

70	mariage	CS.IV.36.1.5.co	C.5.4.24	
71	soins corpor.	Polit.7.12	id.	
72	vie relig.	ST.II.11.189.5co	D.28.1.5	
73	mariage	*CS.IV.27.1.1.3*	D.23.2.1	
74	id.	CS.IV.27.1.3.1.ob1	Nov.117.12	Lex
75	parenté	CS.IV.40.1.3.co	In.1.10.1	Leges
76	id.	CS.IV.40.1.4.sc	id.	Leges civ.
77	id.	CS.IV.42.2.3.ob2	D.23.2.17	
78	id.	CS.IV.42.2.3.co	id.	
79	vie céleste	CS.IV.49.4.1.ob1	D.23.3.7	
80	id.	*CS.IV.49.4.1.ob4*	D.23.3.3	
81	id.	CS.IV.49.4.1.ob3	D.23.2.19	
82	id	CS.IV.49.4.1.ad1	D.24.3.1	
83	parenté	CS.IV.40.1.2.co	D.38.10.1	
84	id.	CS.IV.41.1.2.1.ob2	D.38.16	

Acquisition

85	religion			
86	sacrements			
87	id.			
88	mariag. esclav.			
89	vol			
90	id.			
91	id.			
92	usure			Lex

93	mar. esclaves	*CS.IV.36.1.4.co*	D.6.1.5	Leges civil.
94	privilège paul.	*CS.IV.39.1.4.ob4*	D.6.1.5	Leges civil.
95	usure	*ST.II.11.78.1.ad6*	D.13.6.3	
96	id.	De Malo.13.4.ob6	D.17.1.10	Ius civile
97	prescription	Quodlib.12.16.2	C.7.39	Lex
98	offrandes	*ST.II.11.86.3.ob1*	D.12.5.4	Iura
99	aumône	ST.II.11.32.7.co	id.	
100	id.	CS.IV.15.2.4.3 2	C.3.43.3	Lex
101	id.	ST.II.11.32.7. 2	C.id.	Ius civile

Contrats.

102	vœux	CS.IV.38.1.3.2co	D.50.12.1,1	Lex
103	id.	Quodlib.III.18co	id.	
104	id.	Quodlib.VIII.10co	id.	
105	id.	ST.II.11.88.3.ob1	id.	Lex
106	vie relig.	De rfec.16	D.1.2.2	Iura humana
107	id.	ST.II.11.184.4co	id.	
108	juste prix	ST.II.11.77.1.ob1	D.4.4.16	Leges civil.
109	id.	ST.II.11.77.1.ad1	C.4.44.2	Lex humana
110	fraude	Quodlib 11.10.ob1	D.4.4.16	Leges civil.
111	id.	Quodlib.11.10.sc	D.21.1.1	Leges civil.
112	i orance	*CS.II.22.2.2.co*	D.3.2.11	Iurisperiti
113	vertu force	*CS.III.33.3.3.3ad3*	id.	
114	conscience	*Quodlib.III.27ad2*	id.	
115	péché	*CS.IV.9.3.2.ob4*	id.	
116	confession	*CS.IV.21.2.2*	id.	
117	parenté	*CS.IV.41.1.5.2*	id.	
118	péché	*Quodlib.I.19.sc*	id.	
119	injustice	*ST.II.11.59.4.ad1*	id.	
120	commun. sacril.	*ST.III.80.4.ad5*	id.	
121	erreur	*CS.IV.30.1.1.sc*	D.2.1.15	
122	divorce	CS.IV.41.1.5.1ad1	D.22.6.8	
123	crainte	*CS.IV.29.1.2.ob1*	D.4.2.1	
124	id.	*CS.IV.29.1.1.sc*	D.4.2.1,9	
125	id.	*CS.IV.29.1.1.ob3*	D.4.2.2	
126	id.	*CS.IV.29.1.2*	D.4.2.6	
127	id.	*ST.II.11.125.4.ob2*	id.	
128	id.	*CS.IV.29.1.2.ob3*	id. 7	Lex, iura
129	id.	CS.IV.29.1.2.ad2	D.4.2.7	
130	violence	*CS.IV.29.1.3.2co*	D.4.2.9	
131	sociétés	Contra impugn.3	D.17.2.19	

Succession hérédi ire.

132	mérites Christ	CS.III.18.2.ob6
133	adoption	CS.IV.42.2.1.ad7
134	vie religieuse	*Contra impug.4*

Délits et peines.

135	homicide		
136	id.		Lex civilis
137	sacrilège		Iustinianus Im.
138	id.		Leges civil.

139	vœu	CS.IV.27.1.3.1	Nov.22.5		
140	rapt	CS.IV.41.1.4	C.9.13.1		
141	droit curés	*Contra impugn.4*	D.43.8.2,16	ff. avec réf.	
142	mendiants	id. 7	C.11.25	Ius civile .)	
143	id.	ST.II.11.187.5.ob3	C.11.26	In codice (réf.)	
144	calomnie	ST.II.11.69.2.ob1	D.47.15.7	Iura civilia	DC
145	divorce	CS.IV.35.1.6.ob1	D.50.9.5	In iure	DC
146	guerre	ST.II.11.40.2.co	C.12.35	Leges humanae	
147	politique	De Regim.11.3	C.12.35	Iura civilia	
148	peine	ST.II.11.108.4.ad2	C.9.8.5		

Règles du droit.

149	mariage	CS.IV.27.1.2.1.sc	D.50.17.30	
150	vie religieuse	*ST.II.11.189.6ad3*	id. 106	
151	mariage	*CS.IV.36.1.3.ad1*	id. 106	
152	id.	*CS.IV.36.1.3.ob2*	id. 122	
153	vœu	CS.IV.38.1.3.2.ad1	id. 126	
154	mariage	CS.IV.33.1.3.1.ob4	id. 151	
155	id.	*CS.IV.34.1.2.sc*	id. 185	

Note. Presque toutes les citations contenues dans la somme Théologique sont réunies dans un index du Tome XVI de l'édition léonine des œuvres de Saint Thomas.

Chapitre II

LE DROIT ROMAIN UTILISÉ COMME ANALOGIE

Un trait caractéristique de l'emploi du droit romain par saint Thomas est son extension et son ampleur. En effet, à première vue, on pourrait penser qu'un texte juridique ne peut guère être utilisé qu'en une matière qui lui soit voisine et homogène : droit canon, théologie morale à la rigueur. Or chez saint Thomas on est frappé de la diversité des domaines dans lesquels se rencontrent des citations de droit commentaires de la Bible, théologie de la Grâce, etc.

On peut alors se demander comment l'auteur peut bien utiliser de pareils textes en des questions si éloignées de leur sphère normale d'application. C'est pour cela qu'il faut nous arrêter d'abord à ce type d'utilisation, bien extérieur certes et accidentel aux yeux d'un juriste, mais caractéristique de la méthode de saint Thomas et de l'intérêt qu'il portait à une source de documentation aussi profane.

Ce premier genre d'utilisation du droit romain en des matières proprement théologiques est bien pour dérouter un esprit moderne ; soucieux de sauvegarder le caractère propre de chaque science il comprend difficilement que l'on puisse faire des rapprochements du type de ceux que nous allons examiner. Le médiéval au contraire, dans le souci de trouver une explication à toute chose, même aux plus sublimes, dans l'impossibilité aussi de comprendre le fond du mystère, recourrait volontiers à des analogies, des comparaisons. Pour ce faire il ne s'embarassait pas de scrupules scientifiques ; l'analo 'e la plus extérieure pouvait lui suffire, pourvu qu'elle lui procurât quelque lumière, quitte, s'il le fallait, à déformer le moyen de comparaison, utilisé alors de façon un peu arbitraire.

Chez saint Thomas le droit romain a joué ce rôle de façon très variée, depuis la comparaison soutenue, poussée dans le détail et qui projette sur l'objet à connaître un peu de sa nature, jusqu'à la simple convenance, rapide illustration.

La règle qu'il suit pour cela a été énoncée par lui au cours d'une application : « Quandocumque aliquod nomen est impositum ad aliquid principaliter significandum, non consuevit ad alia transferri nisi secun-

dum aliquam similitudinem[1]. » Il y a donc dans toute analogie une idée de base assez précise, et assez souple aussi, pour être transposée dans les domaines les plus divers et recevoir des revêtements différents. Ces idées ne sont pas en nombre illimité ; l'art de saint Thomas a été de savoir les choisir. Le droit romain ayant élaboré, au cours de sa formation historique, des concepts variés, saint Thomas a estimé utile de ne pas les laisser inutilisés, quitte à les situer dans les contextes bien éloignés de leur climat natif : c'est tout un acpect de la dialectique médiévale qui se révèle ainsi à nous.

Le lecteur de certaines œuvres de saint Thomas est frappé par le recours fréquent à un thème juridique développé avec insistance, celui de la procédure judiciaire. Sans trop nous y arrêter, il nous faut cependant en marquer les aspects essentiels.

Une remarque préalable est toutefois nécessaire en utilisant ce thème, saint Thomas ne cite pas explicitement de texte de droit romain. Il y a plusieurs raisons à cela ; les Commentaires de l'Ecriture, où se rencontrent le plus souvent cette argumentation, ne comportent guère de citations ou références à des auteurs profanes ; les autorités appelées à éclairer le texte sacré sont avant tout d'autres passages du même texte[2].

Il y a aussi un autre motif : en matière de procès, la source immédiate de saint Thomas était le droit canonique, d'ailleurs fortement dépendant du droit romain ; celui-ci en tant que tel n'intéressait pas cet auteur, qui avait simplement en vue la procédure ecclésiastique de son temps, beaucoup mieux organisée alors que celle des cours féodales[3]. Enfin l'utilisation de cet argument par analogie n'exigeait pas de citations ou références précises ; ce n'était pas l'*auctoritas* comme telle qui avait de l'importance, mais l'idée générale, l'élément de comparaison qu'elle fournissait. Pour tous ces motifs nous serons assez brefs sur cette utilisation.

Saint Thomas a consacré une partie de la Somme Théologique à étudier les devoirs du juge, des plaignants, accusés, avocats ; on y trouve aussi traitées diverses questions de justice criminelle[4] ; l'étude des autres œuvres, en complétant ces données, révèle chez saint Thomas une connaissance sérieuse de la procédure judiciaire[5]. Ces pas-

1. CS.IV.49.4.1.

2. On peut faire la même remarque pour les commentaires d'Aristote en lesquels on ne trouve que de rares citations d'auteurs étrangers (quelquefois Cicéron, r exemple, dans le commentaire de l'Ethique).

3. Cf. Fr. OLIVER-MARTIN, *Histoire du droit français*, Paris, Domat, 1951, p. 187 et suiv.

4. ST.II.11.q.67-78, voir l'excellent commentaire qui en est donné par C. SPICQ, dans *La Justice*, t. III, Paris, Desclée & Cie, 1934, pp. 257-295 et 359-369.

5. Par exemple : les différents genres de procédure, contentieuse (CS.III.39.3.2), criminelle (par accusation ou dénonciation, Quodlibet I.6 ; par inquisition ex officio, ST.II. 11.68.2) ; rôle du juge (Ethique, 5.6) son caractère public (CS.IV.38.2.4.1, ad1 et CS.

sages, où le droit romain n'est pas directement intéressé et où le caractère médiéval de la justice est très marqué, ne nous retiendront pas ; un seul trait nous intéresse la très haute idée que se fait saint Thomas de la fonction du juge ; personnification de la justice, il est appelé, à la suite d'Aristote, « justitia animata[5] ».

L'intérêt porté par saint Thomas à l'ordre judiciaire se révèle surtout dans l'utilisation analogique qu'il fait du droit processuel dans ses Commentaires de l'Ecriture. Cet intérêt est d'autant plus à remarquer que ces ouvrages ont une grande importance dans l'œuvre de notre auteur ; en effet « saint Thomas, maître en théologie, a pris pour matière de son cours officiel, le texte même de l'Ecriture, Ancien et Nouveau Testament[1] » ; l'insistance mise par saint Thomas à invoquer sans cesse l'analogie judiciaire rend un peu fastidieuse la lecture de ces écrits (surtout ceux sur l'Ancien Testament) ; on a l'impression d'un leitmotiv qui revient constamment sous la plume. Ainsi, voi quelques exemples pris au hasard de la lecture.

Souvent, le commentaire du début d'un livre ou d'un chapitre annonce la division des matières traitées sous forme d'une énumération des phases d'un procès[2] ; un simple mot du texte sacré devient occasion de préciser les qualités du juge[3] ; le « Deus manifeste veniet » du psalmiste est expliqué en évoquant l'arrivée solennelle de la Cour dans tout l'apparat judiciaire médiéval[4] ; les diverses étapes de l'instance fournissent un thème inépuisable, riche en divisions et subdivisions[5] ;

IV.17.3.2.1.ad.I) ; le li lle d'introduction (ST.II.11.68.2.co.) ; l'instruction interrogatoire des témoins (.II.11.70.1.& 2), les « instrumenta » (ST.II.11.67.2), l'aveu judiciaire (Quodlibet I.12), le serment (CS.III.39.3.2 co, id. 39.5.2 sed contra 2) ; la sentence (ST.II.11.67.2), la condamnation (CS.IV.20.1.3. ob 4 ; Id. 15.2.1.2. ob 5 ; De rationibus fidei 7) ; l'exécution de la sentence (Quod. 2.7 ad 2) ; l'appel (ST.II.11.69.3.). La notion de peine a été bien étudiée par : W.J. DUYNSTEE, *De leer der straf van den h. Thomas van Aquino*, Redevoering, Nimègue, 1928. Sur la peine de mort, voir : X. BASLER, *Thomas von Aquin und die Begründung der Todesstrafe aus der absolut Ueberlegenheit des Staates über das Individuum*, München, 1931 *(Thèse)*.

1. CHENU, *Introduction...*, p. 199.

2. Psaume 5.7 (Judica me, Deus) : ...Primo petit eorum iudicium. Secundo determinat iudicii modum. Tertio assignat iudicii causam... Sed advertendum est quod duplex est iudicium... etc.

Ps. 16.1 (De vultu tuo) : ...Iudex non profert sententiam nisi audita petitione et discussa causa. Et ideo hic petitionem ponit ; et petit tria. Primo sententiam. Secundo causae examinationem. Tertio sententiae qualitatem...

Isaie 5.1. (Numquid)... Secundo ponitur iudicis interpellatio... Tertio ponitur poenae comminatio : et circa hoc duo ponuntur. Primo punientis auctoritas vel potestas... Secundo ponitur poenae severitas...

3. Ps.7.5 (Scrutans)... Duo autem requiruntur ad idoneitatem iudicis, scilicet ut sit sapiens, et ut sit iustus.

4. Ps. 49.1. (Deus manifeste)... Ante iudicium erant tria. Ci tio iudicis, adventus iudicis et apparatus... Posito adventu iudicis ad iudicium, et iudicis apparatu quantum ad instrumentum poenae, hic ponit apparatum iudicii quantum ad ministros. Il s'agit ici de toute la cour cél te ; l'apparat décrit selon les mœurs du temps (Principes eorum se faciunt deferri insignia et gladios), se rapporte aux mots suivants du texte sacré : i is in conspectu exardecet !

5. Ps. 34.15 (Ne sileas) Iudex non pot t iuste ferre sententiam, nisi prius instructus de facto... Et primo agit de iudicii dilatione. Secundo petit processum iudicii... Verset 16 (Exsurge) Tria enim requiruntur in iudicio. Primo, quod iudex sumat iudicandum. Secundo, quod considerat merita causae. Tertio, quod proferat sententiam iustam.

Isaie 9 nombreux détails sur la procédure criminelle (poenae meritum, poenae modum, poenae tempus, poenae flagellum)...

Isaie 42, fin : Primo ponit disputationem. Secundo sententiae determinationem...

enfin la sentence judiciaire facilite la compréhension de l'attitude du Dieu de Justice envers les hommes[1].

Ces quelques citations suffisent à montrer toute une orientation de pensée ; on peut dire que chaque fois que le texte sacré emploie les mots *iudicium*, *probatio*, *poena*, ou autres de même genre, et généralement dans un sens strictement religieux, de relations entre Dieu et l'humanité, saint Thomas ne voit qu'une manière d'en expliquer le sens profond recourir au schéma du Palais de Justice.

Cela n'est pas tant chez lui un artifice de rhétorique que le résultat d'une conviction profonde, celle que les rapports entre Dieu et les hommes peuvent s'éclairer par ceux qui règnent entre les représentants de l'autorité et leurs subordonnés, dans l'exercice de la justice.

Cette idée analogique était d'ailleurs suffisamment riche pour pouvoir être exploitée aussi en dehors des commentaires de la Bible. C'est ce que n'a pas manqué de faire saint Thomas montrant par là tout son attachement à sa signification profonde. En effet, on retrouve dans d'autres domaines cette tendance à exploiter la notion de procédure comme argument analogique ; par exemple la doctrine sur le jugement scientifique, comme moyen de connaissance, y recourt explicitement. Comme on l'a récemment relevé, la comparaison entre le fonctionnement de l'esprit à la recherche du vrai et celui d'un tribunal à la recherche de la justice, a été poussée par saint Thomas jusqu'au détail[2]. La science s'acquiert, pour saint Thomas, en deux temps : une enquête préalable, ensuite la critique de ces résultats par le jugement de l'esprit ; « ce jugement (scientifique) après enquête ne peut manquer d'évoquer pour nous le rôle du tribunal faisant suite à celui du juge d'instruction[3]. »

Cette utilisation n'est qu'un autre cas particulier qui n'épuise pas la richesse de la notion de « iudicium » ; ce mot « a été créé pour désigner la détermination de ee qui est juste ou la définition du droit ; mais il a été étendu aux domaines les plus divers de la spéculation et de l'action, comme à la détermination universelle de ce qui est vrai et bon par le don de sagesse en liaison avec la charité, même à la détermination de ce qui est vertueux en une autre matière que celle de la justice »[4] ; par exemple l'étude du péché dans la Somme Théologique comporte une question où on « baigne du début à la fin dans une ambiance de palais de justice[5] ».

Circa primum tria. Primo convocat ad iudicium. Secundo ponit argumentum duplex. Tertio concludit.

Isaie 44, début : Et primo ponit quaestionem. Secundo ostendit testium idoneitatem. Tertio ostendit testimonii falsi tem...

Jérémie 2.2 : Hic prosequitur iudicii ordinem : et primo ponit accusationem, secundo repellit excusationem. Le chap. 12 décrit la comination des peines, le 17 l'application de la sentence. [illegible]

1. Ps. 50.6 (Averte) : Et loquitur ad similitudinem iudicis punientis, qui primum considerat quantitatem culpae, et postea taxat poenam.

Evang. Matthieu 23 : per iniustam etiam sententiam iudex hominem perimit. Evang. Jean 3.4. : et primo ponit suam sententiam ; Secundo manifestat eam...

2. J. ISAAC, *La notion de dialectique chez saint Thomas*, dans la *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, octobre 1950, pp. 481-506.

3. ISAAC, art. cit., p. 484.

4. *Id.*, p. 484.

5. *Id.*, p. 485, note 1, il s'agit de ST.I.II.74.7. e le parallélisme

Bref, lorsque saint Thomas emploie le mot « iudi », « il pense en arrière-plan et de façon très consciente à l'administration de la justice[1]. »

Cette tendance correspond d'ailleurs à l'idée importante et très haute que se faisait le Moyen Age de la fonction judiciaire ; « il ne faut donc pas voir dans les tribunaux de cette époque une institution consacrée à la seule défense des droits de l'individu ; elle est une émanation du pouvoir du prince, lequel est comme le fondement, la base du pouvoir judiciaire[2]. » Si on a pu dire que « au Moyen Age, la plupart des questions politiques revêtent l'aspect d'un procès »[3] c'est qu'il s'agit d'une tournure d'esprit caractéristique de l'époque et qui se manifeste aussi dans le domaine religieux et théologique ; saint Thomas n'en est qu'un exemple.

Il est inutile alors de nous attarder davantage à cette utilisation qui n'intéresse notre étude qu'indirectement. On peut conclure qu'il a été certainement impressionné par l'ordre judiciaire ; le fait que ce soit la signification juridique d'un mot qui absorbe avant tout son attention, est une indication utile pour nous ; elle est révélatrice de l'intérêt que saint Thomas a porté à cette notion essentiellement juridique ; par là même son penchant, sa sympathie pour le droit nous est déjà manifestée.

La morale thomiste est tout entière dominée par l'idée de l'orientation de l'homme vers Dieu. Pour conserver toute sa signification, pour aboutir à son terme, cette tension ne doit pas être sporadique ou intermittente, mais au contraire être quelque chose de permanent, de stable. C'est une idée chère à saint Thomas, que rien ne se fait de grand dans l'homme, sans la persévérance, sans la répétition des mêmes actes. C'est toute sa doctrine des *habitus*, des vertus, qui rendent beau-

entre les deux jugements ; en voici le résumé : le juge dit le droit, le savant la vérité tous les deux le font par un jugement ;

celui-ci s'exprime dans les deux cas par une sentence ; le jugement judi ire est une œuvre de vertu, celui du savant une œuvre de science ;

tous les deux doivent aboutir à une certitude ;

l'un se réfère à une règle du droit, l'autre à des principes spéculatifs ;

pour cela le juge applique les règles à des cas particuliers, le savant envisage les conclusions à tirer des principes ; dans ces deux jugements on peut considérer la matière et la forme ;

enfin le mot de *conclusio* se retrouve dans les deux cas. Nous avons retrouvé la même méthode dans le Comment. de la Métaphysique d'Aristote (III.1) « sicut autem in iudiciis nullus potest iudicare nisi audiat rationes utriusque partis... ».

1. ISAAC, art. cité, p. 485.

2. SPICQ, *La Justice*, III, p. 363.

3. OLIVIER-MARTIN, *Histoire*, p. 224.

Sur l'importance du thème judiciaire dans la littérature et les mœurs du Moyen Age, on trouve dans l'ouvrage ancien, mais non vieilli de R. STINTZING, de précieux renseignements *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts*, Leipzig, 1867. En particulier on peut lire ce qui y est dit de l'opposition de S. Thomas à S. Anselme relativement aux procès de Satan, pp. 259 et suiv.

coup plus facile l'exécution du devoir et garantissent en quelque sorte la persévérance.

Il en va de même sur le plan social : les hommes sont appelés à des fonctions spéciales ; certaines d'entre elles n'engagent pas tout l'homme ; telles sont les *officia*, les *dignitates*, les *gradus*, etc. D'autres, au contraire, par leur permanence et leur plénitude, se confondent avec la vie même de l'individu qu'elles engagent en totalité. Pour exprimer cette idée, saint Thomas a utilisé un terme, employé couramment alors, celui de *status*, état de vie.

L'origine de cette idée est toute romaine, et saint Thomas le sait fort bien lorsqu'il l'adopte pour l'ériger en concept analogique, utilisé dans les matières les plus variées de la morale. On peut dire en effet, comme le fait Linhardt, « L'idée de *status* est une idée fondamentale de la morale sociale thomiste[1] ». Même si quelquefois le terme de *status* est employé pour désigner le rang social, le degré hiérarchique *(ordo)*, l'utilisation propre qu'il en fait est proche de celle du droit romain, au sens de condition des personnes, état permanent de vie. Un texte cité à propos de la notion même de *status* l'indique clairement « in iure civili dicitur quod ei qui a senatu amovetur, *magis dignitas quam status* aufertur[2] » ; les Institutes disent en effet « Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur ; et ideo senatu motos capite non minui constat[3]. » L'interprétation du texte est correcte « ad statum hominis pertinere quod respiciat obligationem personae hominis prout scilicet aliquis est sui iuris vel alieni, et hoc non ex aliqua causa levi vel de facili mutabili, sed ex aliquo permanente. » Cependant le contenu propre, que saint Thomas attribue au terme romain, se ressent des conditions de vie médiévales ; il n'est pas fait allusion au *status civitatis ou familiae*, mais uniquement au *status libertatis*. C'est sur cette opposition dialectique serf-homme libre, que l'analogie prend racine : « unde status pertinet proprie ad libertatem vel servitutem » ; et l'extension considérable que saint Thomas doit donner au terme à partir de cette base est amorcée par les derniers mots de la phrase « sive in spiritualibus sive in civilibus »[4].

Le concept même de *status* ainsi adopté est précisé par opposition

1. LINHARDT, *Die Sozial-Prinzipien des hl. Thomas von Aquin*, Freiburg in Br. 1932, p. 166.

Sur cette idée de *status* chez S. Thomas voir l'article de J. ROBILLARD, *Sur la notion de condition (status) en S. Thomas*, dans *Revue des scienc. philos. et théol.*, 1936, pp. 104-107 ; l'auteur y étudie un texte étrange cité par S. Thomas dans ST.II.II 183.1. sed contra : « si quando in causa capitali vel causa status interpellatum fuerit, non per exploratores, sed per seipsos est agendum. » Il s'agirait d'un texte corrompu (transmis par Gratien, Décret Ca 2, q. 6, c. 40), provenant du Bréviaire d'Alaric.

L'interprétation critique de la notion de *status* chez S. Thomas (que nous n'avons pas à faire ici) doit tenir compte des facteurs économiques et idéologiques que comporte la hiérarchie sociale médiévale. Sur cela cf. W. SCHWER, *Stand und Standeordnung im Weltbild des Mittelalters. Die geistes-und gesellschaftsgeschichtlichen Grundlagen der berufsständischen Idee*. Paderborn, Schöning, 1934.

2. ST.II.II.183.1. corp.

3. Inst. I 16.5 ; voir aussi Digeste, I.9.3 et 7.

4. *Id.*

aux autres fonctions ou dignités[1] ; il s'agit essentiellement de quelque chose de stable, de permanent, qui affecte la condition de la personne ; enfin pour permettre toutes les analogies possibles il est spécifié que cette immobilité n'a rien de statique (immobilitas non sufficit ad rationem status), mais qu'elle est avant tout dynamique, orientation permanente de la vie, tension spirituelle même[2]. On voit donc quelle amplification saint Thomas donne au terme romain ; on ne peut pas alors dire que celui-ci soit vraiment intégré dans la doctrine thomiste, sa signification originelle est trop dépassée ; mais il fournit simplement l'idée de base d'une analogie dont la richesse se manifeste au cours des utilisations dont il est l'objet[3]. En voici quelques exemples.

L'état de péché.

Une question épineuse avait été l'objet de discussions pour les canonistes et théologiens : celle de savoir si la rechute dans le péché, après un premier pardon, faisait « revivre » les péchés passés, en raison de l'ingratitude. Gratien avait donné de nombreux textes[4] ; Pierre Lombard exposant les divergences d'opinions, concluait « studioso lectori iudicium relinquo[5]. » Saint Thomas relève le défi et apporte une solution. Mais quel argument employer pour cela ? Il n'hésite pas et recourt à une analogie bien juridique, celle de l'esclave.

L'idée de départ est simple : le péché comme tel engage tout l'homme, en opposition à Dieu ; il est donc un *status*. La seule analogie valable pour le cas est donc celle de *status servitutis*. C'est d'après elle qu'il va juger de l'état du pécheur auquel il a été pardonné une première fois et qui retombe par ingratitude. Il recourt alors aux textes de droit qui réglementent les conditions de retour à l'esclavage d'un *servus* affranchi une première fois.

On peut remarquer un certain progrès dans l'utilisation de l'analogie. Dans le Commentaire des Sentences de P. Lombard, saint Thomas se réfère simplement à la doctrine romaine transmise par le droit canonique si le serf affranchi (servus manumissus) retombe dans la servitude, ce n'est pas en raison de son état antérieur, mais en raison d'un fait nouveau, une offense commise envers son ancien maître, après son affranchissement. Donc quand le pécheur retombe dans la faute, les péchés antérieurs n'y sont pour rien, en tant que tels ; ils ne « revivent » pas[6].

1. *Id.* ad 3.

2. LINHARDT, *op. cit.*, p. 166 fait un rapprochement entre le ius publicum antique et les extensions qu'il a revêtu dans le droit romain médiéval.

3. S. Thomas connaît un autre sens juridique, plus spécial, du mot status « status aetatis » (CS.III.29.8.1 ; .II.11.24.9co), cf. le Digeste I.1.13.

4. De Poenit. 4.

5. Sentences 4.22.

6. CS.IV.22.1.1. obj. 4 : « ...quamvis aliquis manumissus reducatur in eadem servitutem de qua liberatus fuerat, non tamen ut sit ex eadem causa servus, ex qua primo fuerat, sed ex alia, scilicet offensa post manumissionem commisa. »

Les textes romains qui se rapportent à cette question sont nombreux : Inst. 1 16.1, Dig. 25.3.6, 1 ; Code 6.7.2 et 4 ; Novelle 78.2. Ils n'exigent qu'une offense légère pour le retour à l'esclavage (quadam iactantia, levis offensae culpa...). L'essentiel de ces textes est passé dans le Décret de Gratien Ca.12.2.60 (ce texte suit un extrait du Code) et 61 surtout.

La Somme Théologique[1] offre une doctrine plus précise ; l'analogie de l'esclave y est poussée plus loin : ce n'est pas en raison de n'importe quelle faute que l'affranchi redevient serf, mais uniquement par des fautes qui révèlent son ingratitude envers son ancien maître (le texte des Institutes dit « quod accidit in his qui ...liberti et ingrati circa patronos condemnati sunt »). Il en est de même pour le pécheur ; s'il retombe dans la servitude du péché, ce n'est pas en raison de ses fautes antérieures, mais par ingratitude envers Dieu, celle-ci étant contenue virtuellement dans tout nouveau péché.

Nous avons quelque peu insisté sur l'emploi de cette analogie serf-pécheur, car elle est révélatrice de la méthode de saint Thomas en cette sorte d'argumentation ; elle restait d'ailleurs encore assez fidèle à la notion de base de « status ». Par contre il n'en est plus de même pour les autres emplois analogiques de cette idée ; l'amplification dépasse alors trop le contenu romain pour nous permettre de nous y attarder.

Signalons simplement la notion, importante chez saint Thomas, d' « état de perfection », état qui prend un caractère public et officiel et oblige à la pratique d'œuvres extérieures de perfection. Cet état se réalise de deux façons différentes : l'état épiscopal (perfection acquise source et cause de perfection pour les autres), l'état de perfection des religieux (à acquérir par l'exercice des vœux)[2].

De même le mariage est rangé dans les états de vie, aspect qui a une autre ampleur que celui de contrat, auquel trop souvent est limité cette institution[3].

La notion de *status* enfin culmine dans un état de vie bien définitif et essentiel entre tous, celui des élus dans le ciel, fixés pour toujours dans la béatitude. Afin d'en percer le mystère, saint Thomas envisage volontiers cet état sous l'analogie de celui de mariage (spirituel), précisant ainsi une doctrine bien traditionnelle et d'origine biblique (Cantique des Cantiques)[4]. [5].

1. ST.III.88.3. obj. 2 et ad 2. : « servus manumissus non reducitur in pristinam servitutem pro qualicumque ingratitudine, sed pro aliqua gravi. »

Les détails de ce texte montrent une utilisation probable de la glose ordinaire du Décret de Gratien ; S. Thomas précise, en effet, que ce n'est pas pour n'importe quelle ingratitude que l'affranchi retombe dans la servitude, mais pour une faute grave ; la glose de Ca.12.2.62 (octava discussio) dit en effet : « ...intelligas ingratitudinem gravem offensam. » Le glossateur fait d'ailleurs mention du changement dans la législation : « secundum leges veteres sufficit levis offensa ». Le détail est révélateur ; S. Thomas en a tenu compte dans la solution donnée dans la Somme Théologique. Par cela nous voyons aussi que ce n'est pas l'esclave antique que S. Thomas visait ; mais le serf médiéval.

Dans cette même question de la Somme Théologique S. Thomas fait nettement allusion aux opinions rapportées par Gratien sur le problème de la reviviscence des péchés anciens déjà pardonnés ; (pour les uns Dieu pardonne les péchés en ne tenant compte que de la justice présente ; d'autres pensent que Dieu tient compte du passé) ; dans sa solution S. Thomas s'oppose à divers adversaires : Hugues de S. Victor, Pierre de Poitiers, etc...

2. ST.II.II.185-189 ; la notion de status a été appliquée avec prédilection par S .Thopas à l'état religieux ; il l'a fait cependant à l'aide d'autres éléments juridiques utilisés comme véritables arguments de démonstration (chap. III).

3. Voir L. MISSEREY, *Le mariage*, I, Paris, Desclée C°, 1930, p. 227.

4. On sait que S. Thomas est mort en expliquant le Cantique des Cantiques (WALZ, *S. Thomas d'Aq., Dict. Théol. Cath.*, XV, c. 627).

5. Une notion voisine de celle de satus a été souvent utilisée analogiquement par S. Thomas ; celle de mancipium, mancipatio, pris au sens de destination, rattachement,

La tradition théologique avait transmis le terme de *dos* pour désigner les ornements spirituels (et même corporels) que les bienheureux doivent posséder dans le ciel[1], orientant donc la pensée vers l'analogie mariage-noces célestes. Saint Thomas part de cette idée de base et en développe les conséquences, en utilisant largement l'idée de dot. Si quelquefois il parle de dot pour désigner les qualités des corps glorieux (subtilitatis dotem)[2], c'est en un sens large. Le sens juridique de dot est alors réservé aux qualités des âmes bienheureuses, seules mariées spirituellement avec Dieu[3] ; ce point est nettement spécifié. Ainsi saint Thomas rejette d'abord divers emplois de ce terme comme impropres ; il faut s'en tenir, dit-il, à l'analogie du mariage et ne pas donner au mot *dos* le sens général de don, (par exemple tel que l'emploie Ovide dans un texte cité) [4] ; et même, précise-t-il, il ne faut pas entendre ce mot, comme le font certains théologiens, de n'importe quel don ou cadeau fait entre conjoints (par exemple par le conjoint à son épouse au moment où elle vient habiter avec lui) ; de tels dons ne peuvent pas être appelés dot, car ils sont plutôt des « donationes propter nuptias », est-il précisé de façon bien juridique[5].

Le terrain ainsi déblayé, saint Thomas pose un principe intéressant : du moment qu'on utilise une notion juridique, même dans un but purement analogique, il faut s'en référer uniquement à ce qu'en disent les juristes pour ce qui est de sa définition ; eux seuls sont compétents pour cela : « ad quos pertinet de his tractare »... « dicunt enim quod »... ; suit alors une définition de la dot « quaedam datio ex parte mulieris his qui sunt ex parte viri facta pro onere matrimonii quod sustinet vir ». Cette définition n'est pas autre chose que celle donnée par saint Raymond de Pennaford dans sa *Summa*[6], résumé des données du Digeste[7].

Saint Thomas pousse alors le parallélisme entre la dot juridique et la dot des bienheureux avec le même soin qu'il l'a fait entre le iudicium scientifique et le iudicium juridique. Il détaille cette application

consécration, à un état de vie ; r exemple elle est appliquée aux prêtres (divinis obsequiis mancipantur, CS.IV.24.2.3) ou aux religieux (per ingressum religionis, homo totaliter se mancipat Dei obsequiis, .II.11.189.3. cor. et ad 5). Sur le terme de *mancipium* employé au Moyen Age, dans le sens de servage, voir la note de H. DUDBLED, dans *Revue du Moyen Age latin*, V, 1949/1, pp. 51-56. Chez S. Thomas ce terme reçoit une signification plus large, celle de *status vitae*.

1. Pierre LOMBARD, *Sentences*, IV, 49.
2. CS.IV.44.2.2.2. cor.
3. CS.IV.49.4.1.
4. *Id.*, I. C'est à ce propos que S. Thomas donne la règle générale pour l'emploi de l'analogie, citée au début de ce chapitre.
5. Justinien a donné à ces donations le caractère total ; voir MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1947, t. I, p. 301 et A.E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, Paris, Dalloz, 1947, II, p. 248.
6. *Summa*, IV.25, parag. 1 ; S. Raymond est la source canonique principale de S. Thomas en matière matrimoniale.
7. Dig. 23.3.1 et 7 et 42.

de l'analogie à l'occasion de réponses à diverses objections, assez compréhensibles d'ailleurs, vu la difficulté de transposer certaines caractéristiques du système dotal à la vie céleste. Saint Thomas ne se laisse pas démonter pour si peu ; sa confiance en la souplesse des termes juridiques est assez grande pour cela. Le procédé s'est révélé efficace en d'autres thèmes ; il peut apporter ici quelques lumières, quoique son emploi soit délicat, comme il le reconnaît : « remanet difficultas, quomodo haec assignatio possit aptari ad propositum. »

Suivons la dialectique employée. Première difficulté La dot ne se conçoit que pour un mariage « dotes non dantur nisi causa matrimonii »[1] ; or le mariage spirituel (Dieu-l'âme) commence dès ici-bas, et si on veut parler de dot (au sens juridique) dans la vie future, il faut en parler alors dès ici-bas ; ce qui est impossible car la tradition est formelle : ce n'est qu'au ciel que les âmes recevront ces ornements appelés *dotes* ; vouloir pousser l'analogie juridique jusque-là est donc artificiel. Non, répond saint Thomas, si la dot est donnée pour le mariage, elle n'est pas forcément livrée au moment même de sa célébration ; la coutume veut qu'elle le soit au moment où l'épouse entre dans la maison de son mari, stade qui dans le mariage spirituel ne se réalise qu'après la mort.

Deuxième difficulté le but de la dot : « in matrimonio dantur dotes ad facilius toleranda *onera matrimonii* »[2] ; le Digeste dit en effet « ...onera matrimonii... »[3]. Or il est déplacé de parler de « onera » dans le mariage spirituel. Certes, réplique saint Thomas, le but de la dot est bien d'alléger les charges du mariage ; mais cela n'est que son but immédiat ; le vut véritable et ultime de la dot est de faciliter l'union conjugale, d'apporter la joie mutuelle, en écartant ce qui pourrait peser comme un joug ; la dot spirituelle réalise ce but ultime ; ornement de l'âme, elle facilite l'union à Dieu dans la joie « ad perficiendam iucunditatem ».

Troisième difficulté l'origine de la dot ; « dos enim, secundum iura, datur sponso... »[4], car c'est l'épouse qui l'apporte au mari. Or dans le ciel c'est Dieu qui nous donne ses dons ; comment peut-on dire alors que l'âme apporte à Dieu une dot ? L'objection était délicate. La difficulté créée par un recours à la loi *(iura)* est levée par un procédé semblable certes, dit saint Thomas, ceci est exact ; mais il ne faut pas oublier que la dot, donnée à l'époux, reste la propriété de l'épouse : « soluto matrimonio, dos remanet sponsae, secundum iura[5]. » Ainsi dans le mariage spirituel, la dot mystique est dite la propriété de l'âme, en ce sens qu'elle est son ornement ; par contre elle est dite être offerte à l'époux (Dieu) en ce sens qu'elle rejaillit sur lui pour son honneur et la manifestation de sa gloire.

dos sine matrimonio

1. CS.IV.49.4.1. obj. 4 ; esse potest ».
2. CS.IV.49.4.1. obj. 3.
3. Voir Dig. 23.3. 7, 56 et 76 ainsi que Code 5.12.20.
4. CS.IV.49.4.1. obj. 1.
5. *Id.*, ad 1 ; les « iura » sont ici Dig. 23.3.2, « mulieres dotes salvas habere ». Dig. 24.3.1 et 2.

C'est aussi pour demeurer fidèle au concept juridique de la dot, que saint Thomas se refuse à l'appliquer, de façon métaphorique, à la personne du Christ[1].

On ne sait ce qu'il faut le plus admirer, de la souplesse dialectique de l'auteur bien déroutante pour un moderne, ou de son souci de demeurer fidèle à l'idée type juridique, quitte à s'embarrasser dans des subtilités qui nous font sourire. Que l'on ne croie pas cependant qu'il n'y a là qu'un jeu de l'esprit ; ces procédés bien médiévaux, tout puérils qu'ils nous paraissent, partent de la conviction que la vérité divine, étant inaccessible à nos esprits, se manifeste à nous par les êtres créés. Ceux-ci, images de Dieu et plus proches de nous, peuvent nous permettre de comprendre un peu mieux la pensée de leur Créateur, les textes de l'Ecriture et les données de la Foi. Car, entre l'objet de comparaison et le mystère auquel il est appliqué, au lien logique entrevu par l'esprit correspond un lien plus profond, ontologique, qui relie les deux termes à Dieu, leur commune source dont ils participent à des degrés divers. C'est là toute la doctrine de la participation, si importante pour bien comprendre saint Thomas ; « La participation entendue comme elle doit l'être, exprime donc essentiellement la parenté de toutes choses dans l'être et leur commune similitude à l'égard de l'Etre absolu, séparé, indépendant, de qui procède tout ce qui est[2]. »

Or le droit romain, ou plus généralement la loi humaine (dont il est la « personnification » médiévale) n'est pour saint Thomas — comme nous le verrons au chapitre IV — qu'une détermination de la loi naturelle, donc une participation de la Loi divine, du Vouloir de Dieu. Il était donc naturel pour saint Thomas d'y recourir comme à un moyen d'élucider des problèmes spirituels. Il utilisait cet argument analogique dans la persuasion que, pour comprendre la pensée obscure d'un auteur (ici, le mystère divin), il faut recourir à ses œuvres plus accessibles. Cela nous paraît actuellement étrange parce que nous sommes frappés de la faiblesse du lien logique entre les deux termes, alors que saint Thomas voyait surtout leur lien ontologique.

Avant de parvenir à la perfection de l'état de vie bienheureuse, l'homme l'inaugure dès ici-bas par un état transitoire d'union à Dieu appelé *status viae*. Le Christianisme considère cette union comme un don gratuit de Dieu ; et c'est une doctrine de foi que cette union consiste en une adoption de la part de Dieu. Saint Thomas, désireux de

1. Saint Thomas précise cette idée de dot ne s'applique au Christ que matériellement (en tant que ornement spirituel), mains non formellement (en tant que dot) ; cf. CS.IV.49.4.3.

2. L.B. GEIGER, *La participation dans la philosophie de S. Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 1942, p. 154 et suiv. Cet ouvrage met remarquablement en lumière cet aspect de la pensée de S. Thomas. Il est à compléter par l'ouvrage de C. FABRO, *La nozione metafisica di partecipazione secondo San Tommaso d'Aquino (Studi superiori)*, 2e éd., XII, 384 pp. Turin, E.E.I., 1950.

scruter le mystère divin, s'adresse ici encore au droit pour obtenir quelque lumière[1].

Certes bien des éléments de l'institution romaine de l'adoption n'étaient pas utilisables dans une application au mystère religieux. Mais l'ensemble peut l'être, pense saint Thomas. Ainsi un des buts de l'adoption est d'admettre quelqu'un à participer à l'héritage « aliquis homo adoptat alium sibi in filium inquantum ex sua bonitate admittit eum ad participationem suae hereditatis »[2] ; ainsi Dieu, étant d'une infinie bonté, admet ses créatures raisonnables (celles qui sont le mieux à son image) à participer à sa vie et à ses richesses.

De plus, de même que le résultat de l'adoption est d'imiter la filiation naturelle selon la règle romaine « adoptio sequitur naturam »[3], de même l'adoption des hommes par Dieu se fait « per quandam conformitatem imaginis ad Dei Filium naturalem »[4].

Une seule difficulté était créée par un caractère de l'adoption en général on n'adopte que pour suppléer à une absence de fils naturels. Ce caractère n'est pas de soi lié à l'adoption, dit saint Thomas, car on peut adopter par pure bonté, comme le fait Dieu[5].

Un dernier texte romain « secundum leges, illius est adoptare cuius est filius generare »[6] fait préciser quelle est la Personne de la Trinité qui peut adopter. Comme il s'agit d'une œuvre « ad extra », c'est toute la Trinité ; cependant par appropriation on peut l'attribuer au Père.

Nous avons déjà remarqué l'opposition mise par saint Thomas entre le *status*, conçu comme un état permanent de vie, et d'autres conditions moins stables (officia, dignitates, etc...). Si le *status* a reçu l'honneur de l'emploi analogique, les autres catégories ne sont pas restées non plus inutilisées, à un degré moindre cependant.

Par exemple, pour expliquer le hiérarchie des anges groupés en neuf classes suivant le schéma traditionnel, saint Thomas a éprouvé le besoin de recourir au droit. Partant de la doctrine de l'Aréopagite qui plaçait le motif de la classification dans le degré de connaissance des mystères divins, saint Thomas la précise par une analogie tirée de la hiérarchie des fonctions civiles. Ainsi aux trois catégories de fonctionnaires correspondent les trois catégories d'anges (subdivisées en trois classes dans les deux cas) 1° les fonctionnaires qui sont auprès du roi (cubicularii, consiliarii et assessores) sont l'image des anges qui connaissent les décrets divins à leur source même (en Dieu) ; 2° les fonctionnaires qui sont chargés du gouvernement général du royaume

1. CS.III.10.2 ; ST.III.23.
2. ST.id.a 1 cor ; cf. Code 8.48.2.
3. Cf. GIFFARD, *Précis*, I, p. 261 ; le texte de S. Thomas est : « Filiatio adoptionis est quaedam similitudo filiationis naturalis ».
4. ST.III.45.4 cor ;
5. ST.III.23.1 ad 2.
6. CS.III.10.2.1.2 obj 1 ;

(domini regalis curiae, principes militiae, iudices curiae) sont l'image des anges qui connaissent les lois divines comme procédant des causes universelles créées ; 3° les fonctionnaires préposés au gouvernement local d'une province sont enfin l'image des anges qui ne connaissent les lois divines que dans leurs applications à chaque être, par des causes particulières[1].

Puisque nous sommes occupés par la Cour céleste, nous pouvons faire allusion à une institution romaine qui a certainement frappé saint Thomas, car il en reparle à plusieurs reprises, en l'appliquant à l'expression biblique de *liber vitae*, livre mystique dans lequel sont inscrits les élus. Chaque fois que saint Thomas rencontre cette expression dans le texte de l'Ecriture, il invoque l'analogie suivante celle de l'inscription matriculaire obligatoire pour les fonctionnaires romains. Ainsi le commentaire de l'épître aux Philippiens (IV, I) nous explique : « olim erat consuetudo, quod qui ordinabantur ad aliquod officium vel dignitatem, scribebantur in matricula, sicut milites et senatores,... ». La Somme Théologique redonne la même analogie et ajoute comme exemples d'immatriculés « et consiliarii, qui olim dicebantur Patres-conscripti »[2] ; ces derniers font l'objet d'un bref commentaire, toujours à la même occasion, dans l'épître aux Hébreux (XII, 4) « sicut antiquitus apud Romanos, senatores qui assumebantur ad magnas dignitates describebantur, quos primum Pompilius in tabulis aureis scripsit, et dicebantur Patresconscripti[3]. »

Une classe importante d'inscrits à un matricule étant celle des soldats, saint Thomas a aimé utiliser l'analogie militaire[4]. Le serment (sacramentum) par lequel on devenait militaire offrait un rapprochement trop facile avec les sacrements pour ne pas être invoqué : le rôle sanctificateur des sacrements met alors celui qui les reçoit dans un état de sainteté, de consécration « per hunc etiam modum apud Gen-

1. ST.I.108.1 & suiv. .II.9.1.3. Les fonctionnaires locaux sont « praepositi, ballivi, officiales minores » ; la présence des « ballivi » (baillis) créés par Philippe Auguste (1184) montre que cette énumération vise les dignités médiévales, et non les romaines recouvertes par ces termes (ex. praepositus = susceptor dans le Dig. 50.15.5). La fonction de bailli a fourni à S. Thomas l'occasion de commenter l'adage « ballivus operatur per regem » (ST.I.36.3 co. et ad 4).

2. ST.I.24.1. cor.

3. Cf. dépendance probable de ce texte vi-sà-vis de la dé ition donnée par Isidore de Séville (*Etymologies*, IX.4) ; cependant cet auteur attribue l'institution des Patres-conscripti à Romulus ; la variante : Pompilius (S. Thomas) pour Romulus peut s'expliquer par une faute de copiste.

On sait que l'expression de *Patresconscripti* désigna d'abord les sénateurs plébéiens, puis tous les sénateurs (BONFANTE, *Histoire du droit romain*, Paris, Rec. Sirey, I, p. 120 ; MONIER, *Vocabulaire de droit romain*, Paris, Donat-Montchrestien, p. 231). La mention des *Patresconscripti* dès l'époque royale (tel Isidore de S.) a suscité une controverse (résumée dans : BOUCHE-LECLERCQ, *Manuel des Institutions romaines*, Paris, Leroux, 1931, p. 93, note 1). « Ce titre de conscripti serait un qualificatif ajouté à patres pour distinguer les sénateurs des patriciens en général, le jour où il y eut plus de patres, de pères de familles, que de sénateurs. » Pour un examen critique de la question cf. article *Conscripti* de Brassloff, dans PAULY-WISSOWA, *Real-Encyclopädie der klass. Altertumswissenschaft*, t. IV, col. 891-895.

4. S. Thomas s'est intéressé à l'idée de *miles* et il n'est pas dupe du double sens recouvert par ce terme à son époque, le sens antique de *soldat* et le sens médiéval de *chevalier*, ainsi « milites enim dicebantur antiquitus non solum equites, sed quidem pugnatores ad vincendum » (Comment. Ethique d'Aristote, I.1).

tiles dicebantur sacramenta militaria quibus homo mancipabatur o cio militari quod sacrum (variante sacramentum) reputabant...[1]».

Plusieurs fois saint Thomas a rapproché de l'état militaire (militia temporalis) celui de la vie religieuse (militia spiritualis) ; comme pour le premier, pour être admis dans le second il faut passer par des exercices, un entraînement, car « nullus qui non est exercitatus in armis, secundum leges est admittendum ad militiam corporalem »[2].

L'interdiction du négoce aux militaires faite par le droit romain est exploitée pour justifier l'interdiction de combattre faite aux clercs par le droit canon, car « secundum leges humanas militibus, qui deputantur ad exercitia bellica, negotiationes interducuntur » ; l'analogie repose ici sur l'idée de *status* : chaque état de vie a ses fonctions propres et ses exercices incompatibles avec d'autres[3].

D'ailleurs, en général, saint Thomas aime bien marquer le lien qu'il y a entre le monde antique et le monde chrétien et trouver des rapprochements entre les coutumes romaines et les faits religieux chrétiens. Ainsi en étudiant les sacrements, il invoque la signification juridique que les Romains attachaient aux termes « sancta, sacrosancta » « quia secundum antiquos sancta vel sacrosancta dicebantur quaecumque violari non licebat sicut etiam *muri* civitatis, et personae in dignitatibus constitutae[4] » ; on sait, en effet, l'importance des « res sacrae » dans la vie romaine : « divini iuris sunt res sacrae, et religiosae. Sanctae quoque res, veluti muri et portae quodammodo divini iuris sunt[5]. »

1. CS.IV.1.1.5.1 ad 1. Ce sens classique de serment avait déjà été exploité par les Pères, surtout Tertulien, S. Cyprien ; voir Michel, art. *Sacrements*, dans *Dict. Théolog. Cathol.*, XIV, c. 488. Sur le « sacramentum militare » en droit romain, cf. par exemple Dig. 49.16.16.

2. Quodlibet IV.23 obj. & ad 18 ; de même Contra pestiferam doctrinam...3. S. Thomas en citant ces lois se réfère à Végèce : De re militari. Voir le Dig. 29.1.1. « exercitus autem nomen ab exercitatione traxit ».

3. ST.II.11.40.2. cor. Le droit ici invoqué est : Code 12.35 (negotiatores ne militent), 12.36 loi 15 « milites... solis debent utilitatibus publicis occupari » ; donc le motif invoqué correspond bien à l'idée de base de l'analogie. Le Décret de Gratien qui contient le texte canonique sur cette interdiction aux clercs (C.23.8) ne fait pas allusion à l'argument tiré de la loi romaine, comme aussi à l'occasion de la défense du négoce aux clercs (C.15.2 et 21.3 ; de même Grégoire IX, dans X.5.3.29).

Dans un autre écrit (De regimine principum, II.3) S. Thomas fait de nouveau allusion à cette défense aux militaires par le droit romain (secundum iura civilia).

On peut trouver chez S. Thomas tous les éléments d'une morale militaire : Instruction militaire (ST.III.72.10.co) ; discipline, esprit d'équipe (ST.I.11.100.6 et 8), camaraderie envers les *commilitones* (ST.II.11.26.8 ; CS.IV.40.1.1. ; ce dernier terme est dans le Dig. 49.17.19) ; crime de désertion (ST.I.11.100.6.), port d'insignes *(character)* (ST. III.63.1), parades et défilés (ST.II.11.88.7) « solemnitas novae militiae, scilicet in quodam apparatu equorum et armentorum et concursu militum ». En 1939 un auteur polonais avait écrit un traité thomiste de morale militaire ; il fut détruit par la guerre (Bochenski), voir *Bulletin Thomiste*, VII-2 (1943-46), n° 749-750. Sur ce sujet on peut puiser quelques éléments dans : GMÜR A., *Thomas von Aquin und der Krieg. Beitrag zur Kulturgeschichte des Mittelalters und der Renaissance*, Leipzig, Teubner, 1932.

4. ST.III.60.1.ad 2.

5. D.I.8.1 ; de même dans le même titre les fragments 8,9 et 11 (ou Instit. 2.1.7 et suiv.) ; le caractère « sacré » de certaines personnes était, avant tout, une sanction (GIFFARD, *Précis*, I, p. 28, 223, note 2) ; le culte des morts = sacra. La glose de Gratien fait une brève allusion à ces idées à propos du sacrilège, Cau. 17.4.4 *(sacrilegium)*

Saint Thomas trouve souvent dans l'étymologie d'un mot la base d'une analogie. Ainsi, toujours à propos des sacrements, il rapproche l'idée de sainteté de celle de légalité en une intuition historique frappante « apud antiquos sancta dicebantur quae legibus erant munita ut violari non deberent ; unde et dicitur esse aliquid sancitus quia est lege firmatum[1] ». C'était, en effet, une étymologie connue en droit romain « proprie dicimus sancta, quae... sanctione quadam confirmata[2]. » Il est probablement de même de cette autre ; « potest enim secundum Latinos hoc nomen sanctus ad munditiam pertinere ut intelligatur sanctus quasi « sanguine tinctus[3] ». »

Enfin notons un dernier exemple d'étymologie utilisée ainsi comme source d'analogie « dicitur autem caeremonia quasi munia Cereris, quae erat dea frugum, quia ei prius sacrificia instituta sunt, et exinde translatum est nomen ad omnem divinum cultum[4]. » Cette explication ne suffit pas à Saint Thomas qui en ajoute une deuxième, qui l'a davantage frappé « ceremonia » viendrait de la ville de Céré ; alors qu'une première fois, dans le Commentaire des Sentences, il s'en est tenu à cette indication générale en se référant à Valère Maxime[5], dans la Somme Théologique il donne l'explication complète fournie par cet auteur : « nomen caeremonia introductum est ad significandum cultum divinum apud Latinos a quoddam oppido, iuxta Romam, quod Caere vocabatur eo quod, Roma capta a Gallis, illuc sacra Romanorum oblata sunt et reverentissime habita[6]. »

Ce souci de recours à l'étymologie, et autant que possible à des auteurs qualifiés, part de la même conviction que nous avons relevée plus haut. L'origine n'en est pas une curiosité d'érudit, mais la persuation que l'étymologie peut révéler l'essence des choses. C'est d'ailleurs toute la signification du succès immense qu'eut au Moyen Age l'œuvre principale d'Isidore de Séville, ses *Etymologies*[7]. « Ce recours à l'étymologie, procédé classique, est une défense contre l'inflation nominaliste, car il reporte l'esprit à un état naissant du mot où il incarne de plus près une réalité et conserve sa vivacité[8]. »

1. ST.II.11.81.8 cor.
2. Dig. 1.8.9 par. 3.
3. Cette étymologie est tirée d'Isidore de Sév. (*Etym.* X, au mot *sanctus*) ; elle n'était pas inconnue des Romains ; cf. par exemple, Cicéron (*De Officiis*, I.1) « Pietate ac sanctitate deos placatos reddi », ou Virgile (*Enéide*, 12) « Sancta ad vos anima istius insciae culpae descendam ».
4. CS.IV.1. Expositio textus I.
5. *Id.*
6. ST.I.11.99.4. corp. Le texte de Valère Maxime, cité par S. Thomas, est : Factorum dictorumque memorabilia, I.1.10.
7. « Les Etymol ies sont parmi les livres les plus souvent copiés dans les scriptoria ou conservés dans les bibliothèques du haut Moyen Age », J. GAUDEMET. *La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien*, dans *Revue de droit canonique*, I, 1951/1, p. 13, note 1.
8. CHENU, *Introduction...*, p. 97.

Cette recherche de l'étymologie correspondait à l'esprit dans lequel l'argument analogique était utilisé. Le moyen le plus sûr de retrouver le lien ontologique, la source commune qui légitime l'analogie, n'était-ce pas de remonter à l'origine même du terme utilisé ? Il n'y avait en cela rien de factice ou de puérilement conventionnel ; tout au plus y avait-il une certaine ingénuité dans un manque de sens critique, dans une méconnaissance de la notion de temps, de la signification de l'histoire et de ses exigences. Bénéficiaires de sept siècles de progrès, nous tomberions dans le même travers que d'en faire un reproche aux hommes du Moyen Age.

Que conclure de toutes ces observations, relativement à notre propos ? Dans l'utilisation du droit romain, l'argument analogique est le plus faible ; l'élément de comparaison demeure étranger au fond du sujet ; il n'est là que pour apporter une lumière bien imparfaite, ou fournir une convenance. Il ne pouvait pas d'ailleurs en être autrement ; car les sujets, dans lesquels il est généralement employé, ne sont guère compatibles avec un emploi direct du droit romain, sujets essentiellement religieux et surnaturels (vie de la Grâce, vie céleste, etc...), totalement disproportionnés avec lui. « L'esprit reste disproportionné au mystère ; mais, posé le mystère, apparaissent maintes données dérivées qui, rapprochées de Dieu Trinité, se révèlent vérifiées dans un prototype incomparable[1]. » Ce que nous pouvons retenir est le fait lui-même : l'emploi des catégories juridiques, de notions fournies par le droit romain, en des matières essentiellement religieuses, montre l'estime dans laquelle les tenait le Docteur Angélique.

Chapitre III

LE DROIT ROMAIN UTILISÉ COMME ARGUMENT RATIONNEL

Nous entrons dans un domaine où le droit romain est utilisé d'une façon moins extérieure que précédemment. Il n'est plus un simple terme de comparaison, le fondement d'une convenance, mais il devient la pièce d'une démonstration de type rationnel (syllogisme, par exemple).

On sait toute l'importance de cette argumentation dans la méthode scolastique, à l'introduction de laquelle est rattaché surtout le nom d'Aristote[1].

La souplesse de ce type d'argumentation permet d'utiliser les éléments les plus variés, pourvu qu'ils contiennent quelque caractère intelligible. Et le droit romain connu depuis saint Augustin comme la « ratio scripta » ne pouvait manquer d'être utilisé ainsi.

De fait c'est dans cet emploi que se rencontrent le plus grand nombre de citations que nous avons inventoriées ; elles sont alors insérées dans la trame d'un raisonnement, le plus souvent sous la forme de mineure de syllogisme.

Si nous classons ces textes selon le but de leur emploi, certains apparaissent comme de rapides allusions, qui illustrent l'exposé ; d'autres sont amenés pour appuyer une difficulté (objectio)[2] d'autres enfin sont franchement utilisés au cours d'une démonstration elle-même d'un article, soit comme preuve directe, soit comme confirmation.

Une remarque préalable s'impose plusieurs de ces textes sont utilisés plusieurs fois, de façons diverses ; ainsi il arrive qu'un texte, cité rapidement au cours d'une objection et auquel on ne serait porté à accorder que peu d'importance, se retrouve autre part au sein même d'une démonstration, utilisé alors comme preuve. On a ainsi l'impression que saint Thomas disposait d'un certain nombre de matériaux juridiques auxquels il faisait jouer tel ou tel rôle, suivant les besoins.

1. Sur l' « entrée » d'Aristote au Moyen Age, voir par ex. Congar, art. *Théologie*, dans *Dict. Théol. Cath.*, XV, col. 359, et surtout, F. Van Steenbergen, *Aristote en Occident. Les origines de l'aristotélisme parisien*, dans *Essais philosophiques*, I, Louvain, 1946.

2. Sur l'interprétation à donner à l'*objectio*, voir plus haut, p. 17 et 18.

Nous citons alors ces textes en étudiant leur utilisation la plus formelle.

Comme il est naturel, ce type d'argumentation, utilisant des données juridiques, se rencontre principalement au cours de questions canoniques ou morales (mariage, contrats, etc...) ; devant être intégrés dans un argument rationnel, ces textes ne sont alors employés que dans des sujets qui leur sont homogènes.

Précisons enfin que les textes romains ainsi utilisés ne le sont qu'à titre d'auxiliaires, de simples éléments de démonstration ; nous excluons donc de l'objet de ce chapitre toutes les citations qui ont eu une véritable importance doctrinale, ou qui ont influé sur la pensée de saint Thomas, citations qui font l'objet des deux chapitres suivants.

Ce procédé est le plus courant dans l'argumentation étayée par une citation juridique. Il s'agit d'adages ou de règles du droit qui présentent un caractère d'évidence dispensant l'auteur d'une plus ample justification. On peut ranger ces textes sous l'appellation générique d'axiomes, propositions reconnues et admises implicitement par tous ; « ces propositions énoncées atomiquement, oscillent entre le théorème absolu solidaire de la cohérence interne d'un système de pensée et le lieu commun comportant plus de densité verbale que d'efficacité scientifique[1] ».

a) Adages juridiques.

C'est dans les matières les plus variées que se rencontrent ces rapides citations, amenées généralement dans un but purement dialectique.

Par exemple, l'étude du jeûne eucharistique fournit à saint Thomas l'occasion de rappeler l'origine romaine de la coutume chrétienne fixant le début du jour à minuit : « Ecclesia tamen, *secundum Romanos, diem a media nocte incipit*[2] », ce qui est presque le texte même du Digeste « more romano dies a media nocte incipit[3]. »

Traitant de l'empêchement de mariage par défaut d'âge, saint Thomas objecte la loi romaine sur la curatelle des mineurs de 25 ans « secundum enim leges pueri accipiunt tutorem usque ad vigesimum quintum annum[4] », et y répond en distinguant la capacité requise pour le mariage et celle exigée pour aliéner ses biens[5].

1. CHENU, *Introduction...*, p. 158.

2. ST.III.80.8. ad 5.

3. Dig. 2.12.8. Le droit canonique rapporte aussi cette règle (.1.29.24), mais en une citation aussi littérale que celle de S. Thomas.

4. CS.IV.36.1.5. obj. 1. Cf. par exemple Dig. 4.4.1 ou 3 ; on sait que dans ces textes Justinien a fait de la curatelle des mineurs de 25 ans une sorte de tutelle prolongée ; la distinction entre les deux institutions ne pouvait guère être aperçue de saint Thomas, les textes eux-mêmes mêlant les deux expressions. Au sujet du tuteur S. Thomas définit sa fonction par opposition à celle de l'*actor* (Epître Galates 4.1) : Tutor bona pueri defendit ; actor negotia (ejus) agit.

5. S. Thomas n'a pas admis sans hésitations la théorie des canonistes assimilant le mariage à un contrat ; cf. LE BRAS, art. *Mariage*, dans *Dict. Théolog. cathol.*, c. 2175 et suiv.

Certaines règles sur le droit héréditaire sont de-ci de-là invoquées ; ainsi à propos de l'adoption « propinquus iure propinquitatis debet succedere[1] » ; ou bien « quia ea quae patrum (var. patris) sunt, hereditario iure competunt filio[2] », allusion au « suos heredes accipere debemus, filios, filias, sive naturales, sive adoptivos » du Digeste[3] ; ou encore « consanguinei defuncti viri succedunt in rebus eius[4]. »

Le droit criminel fournit aussi l'occasion de quelques allusions plus ou moins précises.

La loi « Julia de Adulteriis », par exemple « Cum ergo iusta poena adulterii sit mors, quia est capitale crimen[5] », est ainsi citée à propos de l'homicide de l'épouse.

La peine pour le sacrilège est invoquée « Sed sacrilegium est culpas criminalis ; unde capitali sententia punitur secundum leges civiles[6] » ; le Digeste (Paul) dit en effet laconiquement « Sacrilegii capite puniuntur[7]. »

Toujours au sujet du sacrilège, la Somme Théologique enfin cite avec précision un texte du Code « Unde Iustinianus Imperator dicit *Si quis, non dicam rapere, sed attentare tantummodo matrimonii iungendi* (variante coniungendi) *causa, sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriatur*[8] », citation presque littérale du Code « Si quis non dicam rapere, sed attemptare tantum matrimonii iungendi causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriatur. » Ce texte se trouve intégralement dans le Décret de Gratien[9]. Il n'est cité par saint Thomas qu'en confirmation d'un exemple apporté, ill trant la réponse à une difficulté.

Un autre texte du Code est aussi cité dans le même ouvrage avec la même précision, au sujet de l'utilité de discussions théologiques publiques avec les infidèles ; il fournit la majeure d'une difficulté « Lex Marciani Augusti, per Canones confirmata, sic dicit *Iniuriam facit iudicio religiosissimae Synodi, si quis semel iudicata ac recte disposita revolvere et publice disputare contendit*[10]. » Ce texte est aussi littéralement cité que le précédent ; seule l'expression « religiosissimae » (pour « reverentissimae ») se retrouve dans une variante du texte critique[11]. Le synode ici en question est le Concile de Chalcédoine auquel

1. CS.IV.42.2.1. ad 7 cf. Dig. 38.16.
2. CS.III.18.2. obj. 6.
3. Dig. 38.16.1 par. 2, ou Novelle 118 ; on trouve le terme « iure hereditario » dans Dig. 35.2.91 « res quas iure hereditario capit ».
4. CS.IV.41.1.2.1 obj. 2, cf. Dig. 38.16.1.9 (...post suos statim consanguineos vocantur).
5. .IV.37.2.1. ob. 4 ; S. Thomas connaît l'existence de cette loi, cf. ST.I.11.95.4. co « sicut distinguitur Lex Iulia de Adulteriis ». Sur cette loi voir Inst. 4.18.4 ; Dig. 48.5 ; Code 9.9. Sur la peine canonique de l'adultère, voir Décrétales, X.I.38.5.
6. ST.II.11.99.4. ob. 1 ; le corps de l'art aussi « et ideo secundum leges humanas a ibetur capitalis poena (var. capitis poena).
7. Dig. 48.13.11 voir aussi le fragment 7, plus nuancé (pro qualitate personae...) et le Code 1.3.10. Les deux textes sont cités par Gratien (Ca. 17.4.29 (22), mais avec une erreur dans l'énoncé du titre du Dig. relevée par la glose de Barth. de Brescia (repetundarum).
8. ST.II.11.154.10.ad 2 = Code 1.3.5.
9. Ca.36.2.3.
10. ST.II.11.10.7.ob.2.
11. Code 1.1.4.

assista Marcianus. Saint Thomas répond à l'objection créée par ce texte la prohibition ne vise pas les discussions théologiques, car celles-ci ne mettent pas la Foi en doute ; au contraire elles sont instituées « ad fidei conservationem (var. confirmationem) ».

L'étude des vices de consentement fournit de fréquentes occasions à saint Thomas pour invoquer de semblables autorités ; il en est ainsi, par exemple, de l'édit du préteur relatif à la crainte, qui vient appuyer la mineure d'un sed contra la volonté peut être violentée, car « Legislator *in integrum restitutionem adjudicat, ratum non habens quod vi metusve causa factum est* »[1].

De même le consentement peut être vicié par l'ignorance. Comme on le verra plus loin, la division juridique de celle-ci a fourni à saint Thomas l'occasion de l'harmoniser avec celle d'Aristote ; celle-ci n'a pas eu grand succès chez son disciple. Par contre, c'est très fréquemment que l'on lit chez lui l'adage : « *ignorantia iuris non excusat... ignorantia facti excusat.* » Les applications en sont faites dans les matières les plus diverses. Ainsi le Commentaire des Sentences la donne à propos de la Vertu de force[2], de la communion sacrilège[3], de la confession générale[4], de la consanguinité[5] ; le *De Veritate* la rapporte deux fois en traitant de la conscience[6] ; de même les Questions quodlibétiques[7], la Somme Théologique[8] qui semble marquer une certaine désaffection vis-à-vis de cette division qui, envisageant l'ignorance du point de vue de son objet, ne marque pas assez l'aspect intérieur et moral de la chose. Aussi est-ce la division en ignorance vincible et invincible qui a la préférence.

A ce sujet il faut remarquer que saint Thomas, utilisant une division juridique, le fait généralement d'un point de vue moral ; par exemple, il voit avant tout dans l'ignorantia iuris un péché, même lorsqu'il utilise l'adage romain « ignorantia enim excusatur non iuris, sed facti[9]. » D'ailleurs la transmission de cette règle s'est faite par le droit canon et saint Thomas a hérité de la doctrine des glossateurs si l'ignorantia iuris peut excuser l'acte lui-même dont elle est la cause, elle n'en reste pas moins une faute[10].

1. CS.IV.29.1.1. sed cont. 2 ; le texte est : Dig. 4.2.9, par. 7. Au sujet de la cause de la crainte, S. Thomas dans CS.IV.29.1.2.ad 2, donne une liste « mors, verbera, dehonestatio per stuprum, et servitus » qu'il résume dans le vers suivant : « stupri sive status, verberis atque necis » ; l'auteur de ce vers est Hostiensis (indication de Jean André dans sa glose sur X.1.40.6.). S. Thomas l'a probablement puisé dans S. Raymond de P. qui la donne (*Summa*, I.8.6) ; ces causes étaient déjà énumérées par Dig. 4.2 ; cf. GIFFARD, *Précis*, II, 245.
2. CS.III.33.3.3.obj.3.
3. CS. IV.9.3.2.
4. CS.IV.21.2.2. ad 4.
5. CS.IV.41.1.5.2. co.
6. De Ver. 17.3 ad 4. et 17.4 ad 5.
7. Quodl. I.19 sed contra, et III.27 ad 2.
8. ST.II.11.59.4. ad 1, et III.80.4. ad 5.
9. Dig.3.2.11.4 ; les effets de l'ignorance sont décrits en des expressions équivalentes dans Dig. 22.6.9 (nocet), 37. 1.10 (prodest), du Code 1.18.2 (excusari) 1.18.7 (nocet).
10. Sur l'histoire de cette transmission, voir : Dom Lottin, *Le problème de l'ignorantia iuris de Gratien à S. Thomas d'Aq.* dans *Psychologie et Morale aux XII^e et XIII^e siècles*, Gembloux, Duculot, 1949, t. III, pp. 55-96 ; voir surtout pp. 88-92. Sur cette question les textes du Décret sont très explicites (Ca. I.4.12, et Dis. 38), ainsi que leur glose abondante.

Saint Thomas, conformément au droit romain, distingue l'erreur de l'ignorance. Ainsi, lorsqu'il traite de l'empêchement de mariage par erreur, il donne comme majeure d'un sed contra la citation suivante « Est quod in Digestis dicitur *quid tam contrarium est consensui quam error* ?[1] » Le texte cité est « quid enim tam contrarium consensui est quam error... ?[2]. » En cette matière la dépendance vis-à-vis du droit canonique semble certaine[3].

Peu après au cours d'un article sur l'empêchement par affinité, on trouve l'expression « qui excusat a peccato, cum sit error facti[4] », qui fait songer à celle du Digeste « Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest »[5].

b) Les Règles du droit (Digeste 50.17).

Saint Thomas utilise volontiers ces règles, attiré vers elles peut-être par leur laconisme et leur style lapidaire. Et lorsqu'il le fait ce n'est pas toujours consciemment. Ainsi, tributaire de son *magister*, Pierre Lombard, il cite une phrase attribuée à saint Jean Chrisostome, et qui est probablement la règle 30 « Chrisostomus dicit matrimonium non facit coitus, sed voluntas[6]. » D'ailleurs d'autres passages semblent faire allusion à cette même règle « matrimonium... quam consensus facit[7]. » En fait ils semblent dépendre du « consensus facit matrimonium » de P. Lombard, phrase attribuée à la suite de Gratien à Isidore de Séville[8]. La fameuse règle était « Nuptias non concubitus, sed consensus facit. »

L'entrée des enfants en religion fournit, entre autres applications, une allusion à la règle 106 « Libertas inaestimabilis res est. » « Quia persona *liberi* hominis superat omnem *aestimationem*[9] ». Cette règle semble visée plus directement dans un article sur le mariage des serfs : « ...*inaestimabile bonum libertatis* amittens[10]. »

1. CS.IV.30.1.1. sed contra 1.
2. Dig.2.1.15.
3. Voir par ex. la glose d'Huguccio rapportée par Barth. de Brescia sur le Décret, Ca. 29.1.1 (quod autem, fin) ; alors que le texte de Gratien dit seulement « non omnis error consensum evacuat » (même expression chez S. Thomas evacuet), la glose donne le texte exact avec référence, mais sans la forme interrogative, comme le fait S. Thomas, donc plus près du texte romain. On sait que S. Thomas a fait progresser la doctrine sur cette question (au sujet de l' « error qui redundat in personam ») ; cf. sur cela : J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise*, Paris, Rec. Sirey, 1933, p. 94.
4. CS.IV.41.1.5.1 ad 1.
5. Dig. 22.6.8.
6. CS.IV.27.1.2.1 sed cont 1. sent. IV. 27 ; dépend de Ca. 27, 2, 1.
7. CS. *id.*, ad 2.
8. *Sentences*, IV.27. On sait que pour S. Thomas le consentement est la use du contrat de mariage, « matrimonium causat consensus » (CS.IV.25.2.1.2 ad 2), r le mariage est essentiellement « quaedam unio ordinatorum ad unum » (CS.IV.27.1.2.1 ad 2). Cette idée du consentement, cause du mariage, est familière à S. Thomas (CS.IV.27.1.2 ; CS.IV.29.3.3 ad 1 ; CS.IV.30.1.1 corp. ; Quodlibet V.15, corp. ; De Verit. 28.8 ad 7.) Sur l'âge requis par le consentement matrimonial, cf. CS.IV.36.1.5 co et Polit. 7.12 « ium autem non determinant optimum esse fieri matrimonium tempore pubescentiae... sed tunc concedunt posse fieri primo... » Cf. Code 5.4.24 « non esse tempus inspiciendum... », mais surtout cf. X.4.2.9 et 10.
9. ST.II.11.189.6 ad 3 ; tte r le se retrouve dans les Institutes, 1.6 par. 7 et aussi dans la règle 176. Cette citation est donnée par S. Thomas dans le contexte d'un raisonnement juridique que nous étudions à la fin de ce chapitre.
10. CS.IV.36.1.3 ad 1.

Ce même article (du Commentaire des Sentences), en invoquant la raison suivante « matrimonium et *libertas sunt favorabilia* », semble bien faire allusion à la règle 132 qui est « Libertas omnibus rebus favorabilior est[1]. » Là aussi il est probable que l'intermédiaire a été le droit canonique, car on trouve dans les Décrétales de Grégoire IX l'expression « in causa favorabili, puta matrimonio, libertate[2] ».

D'ailleurs pour toute cette question du mariage des serfs et des conséquences qu'elle entraîne, saint Thomas est nettement en dépendance du droit canonique, tout en conservant cependant son originalité[3]. C'est au droit canonique, en effet, que saint Thomas a emprunté l'adage suivant, tout romain d'origine, et cité sans aucune référence. Devant justifier l'obligation du maître de ne pas maltraiter son serf (surtout de ne pas l'empêcher de se marier) saint Thomas ajoute « interest enim ad legislatorem qualiter quilibet *re sua utatur*[4]. » Devant cette phrase, citée déjà une autre fois en un autre passage[5], on peut songer au texte suivant du Digeste « Dominorum interest ne auxilium contra soevitiam, vel famem, vel intolerabilem iniuriam denegetur his, qui iuste deprecantur...[6]. » Mais il semble plutôt qu'il s'agit ici d'une allusion à « Expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur[7] », que l'on trouve dans les Institutes inséré au cours de la reproduction du texte précédent du Digeste.

L'étude de l'empêhement de vœu amène la citation de la règle 126 sous cette forme « *Potior autem est semper conditio possidentis*[8] », forme courante chez les canonistes de la règle romaine qui est « melior est causa possidentis[9] ». La possession dont il est ici question est celle créée par le mariage, qui a ainsi priorité sur le vœu simple de religion, celui-ci n'étant conçu que comme une promesse.

Un article sur le concubinage est l'occasion de citer une règle mise en majeure d'objection « ...quicumque re sua utitur ut vult, nemini facit iuniuriam[10] », qui semble bien être la règle 151 « nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet. »

1. *Id.*, obj. 2.
2. X.2.27.26.
3. On en a un exemple dans la présentation du cas suivant : si le maître exige un service du serf, au moment où la femme de ce dernier exige le devoir conjugal ; à qui doit obéir le serf ? S. Thomas présente la solution de façon différente de celle des canonistes ; chez ceux-ci, les uns favorisaient le maître (sauf s'il y avait eu péril de fornication, ou grand préjudice porté à l'épouse du serf), d'autres favorisaient le serf (sauf si le devoir conjugal occasionnait un grand retard ou si le maître était dans le besoin personnel). S. Thomas le solutionne ainsi : 1° si le serf s'est marié avec le consentement de son maître, le devoir conjugal a priorité ; 2° si le serf s'est marié sans ou contre le consentement de son maître, celui-ci a priorité (exception faite du danger de fornication et d'un dommage sérieux) ; S. Thomas a souvent les mêmes expressions que le glossateur. (CS.IV.36.1.2 ad 2) ; il peut aussi dépendre de S. Raymond de Pen., *Summa*, IV, 4.
4. CS.IV.36.1.2 ad 2.
5. CS.IV.33.1.3.1 ad 4.
6. Dig. 1.6.2 ; c'est le texte auquel renvoie l'édition léonine de S. Thomas ; cf. de même Inst. I.8.2.
7. Inst. I.8.2 ; ce texte se retrouve dans la glose de Bernard de Bottone, sur X.4.9.1 (saevitia) ; le glossateur cite ce texte à propos de la vente au loin d'un serf marié qui est alors séparé de sa femme.
8. CS.IV.38.1.3.2 ad 1.
9. Cette règle constitue la re e 65 donnée par le Sexte de Boniface VIII.
10. CS.IV.33.1.3.1 ob. 4.

L'empêchement de frigidité est étudié à la lumière d'une règle citée en majeure de sed contra : « *nullus potest se obligare ad impossibile*[1] », qui est la règle 185 « impossibilium nulla obligatio est. »

Enfin pour terminer cette question des axiomes juridiques, citons deux textes qui, sans être explicitement des règles du droit, sont considérées ainsi par saint Thomas ; ils sont cités à l'occasion de l'étude de la réconciliation après divorce. Le premier est « regula enim est in iure Quod semel bene definitum est, nulla debet iteratione retractari[2] » ; le « ius » en question ici est le Décret de Gratien, duquel a été extrait ce texte après avoir été amputé d'une incise (« interpositis iuramentis », après « definitum est ») afin d'en limiter la portée à l'autorité de la chose jugée[3]. Le texte romain sous-jacent est probablement « quod semel ordo decrevit, non oportere id rescindi[4]. »

Le même article donne comme majeure d'une réponse à une difficulté l'adage suivant « illud quod inducitur in favorem alicuius, non facit ei praeiudicium[5] », qui est sous une autre forme le texte suivant du Code « quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri[6]. »

En manière de bilan, il faut avouer que la quantité de ces axiomes utilisés ne compense guère la qualité de l'emploi qui en est fait ; de fait ils ne semblent pas avoir eu une grosse influence sur la pensée de saint Thomas. Toutefois la familiarité et la liberté avec lesquelles il les cite montrent bien qu'il se les était appropriés ; devenus éléments (accidentels) de sa doctrine à laquelle ils sont incorporés, ils nous révèlent au moins l'intérêt porté par lui à ces formules juridiques.

Le type même de ce genre d'utilisation nous est présenté par la question du consentement matrimonial vicié par la crainte[7]. Nous remarquons de suite que l'utilisation est plus formelle que précédemment ; les éléments juridiques invoqués ont une influence réelle sur la doctrine.

En citant plusieurs textes relatifs à la crainte, saint Thomas fait une remarque d'une portée générale il parle de la crainte (comme ailleurs de l'ignorance) non en juriste, mais en moraliste. Donc lorsqu'il cite des textes de lois il le fait dans cet esprit le législateur, dit-il, envisage surtout les actes extérieurs (comme manifestations d'actes internes) ; mais quant à nous (quantum ad propositum pertinet) nous considérons seulement le consentement interne. La perspective est

1. CS.IV.34.1.2 s. cont. 2. Dans cette matière S. Thomas semble dépendre du droit des Décrétales, X.4.15 (de frigidis).
2. CS.IV.35.1.6 obj. 1.
3. Ca.6.4.6. Gratien donnait à cette sentence une portée plus générale.
4. Dig.50.9.5.
5. CS.IV.35.1.6 ad 3.
6. Code I.14.6.
7. CS.IV.29.1.

donc différente ; cependant les plans où se situent le *legislator* et saint Thomas ne sont pas totalement disjoints, sans cela les définitions de l'un ne pourraient pas être utilisées par l'autre ; mais l'angle de vision est légèrement différent l'un envisage les actes de l'homme à leur source même (intelligence et volonté) ; l'autre le fait dans leurs manifestations externes (découlant du rôle social du législateur).

Saint Thomas donne cette remarque pour légitimer l'assimilation qu'il fait entre la violence et la crainte. Le législateur distingue les deux, dit-il « unde Legislator in integrum restitutionem adiudicat, *ratum non habens quod vi metusve causa factum* est... Propter quod vim contra metum dividit[1]. »

Mais la violence étant le fait externe, provoquant la crainte, le moraliste les assimile tous deux, du moment qu'il ne s'intéresse qu'au résultat sur le consentement.

Cette remarque montre que saint Thomas n'a pas eu sous les yeux le texte du Digeste, qui indique un changement dans la législation « Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Olim ita edicebatur quod vi, metusve causa...[2] » ; néanmoins la raison de ce changement indiquée dans de fragment d'Ulpien correspond à celle donnée par saint Thomas : ainsi le texte romain dit « sed postea detracta est vis mentio ; quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videbatur », auquel correspond le « ...idem est coactio quod metus » de saint Thomas[3]. Sur cette question aussi l'influence du droit canonique est probable ; car il n'y était parlé que de « vi metusve causa »[4]. De toutes façons saint Thomas connaît la définition spéciale de la violence qu'en donnait le droit romain : « *vis* a iurisperitis *esse maioris rei impetus qui repelli non potest*[5] », qui correspondait à un extrait des sentences de Paul, incorporé au Digeste « vis (autem) est maior(is) rei impetus qui repelli non potest[6]. »

Pour en venir à la définition elle-même de la crainte, saint Thomas oppose dialectiquement deux textes romains d'abord une première définition dont il fait le titre d'un article : « metus *cadat in constantem virum*[7] », et une deuxième, amenée en objection, déjà citée antérieure

1. CS.IV.29.1.1.

2. Dig. 4.2.1. Cette mention primitive de la violence remontait probablement à l'édit d'Hadrien, et aurait été supprimé à une époque tardive ; voir MONIER, *Manuel...*, II, p. 66, note 1.

3. CS.IV.29.1.1. Il est à remarquer qu'ici S. Thomas n'emploie pas le mot « v . mais celui de « coactio », peut-être pour ne pas contredire les termes employés par le droit ; on retrouve ce terme de « coactio » dans la glose de rth. de Brescia sur Décret, Ca. 20.3.1 « coactio quae cadat in constantem virum ».

4. Grégoire IX : X.I.40.4 « quae vi metusve causa fiunt, carere debent robore firmitatis ». La glose ordin. de ce passage (mot : causa) donne le texte complet cité par S. Thomas.

La théorie de la crainte a été bien développée par les cano tes et les théologiens ; cf. LE BRAS, *Le Mariage*, IX, c. 2189.

5. CS.IV.29.1.1 obj. 3.

6. Dig. 4.2.2 ; les parties entre parenthèses sont celles qui ne retrouvent pas dans le texte de Paul. A remarquer que le droit canon donnait le texte de façon moins littérale que S. Thomas : « et dicitur vis impetus maioris rei cui resisti non potest » (glose sur X.I.40.4).

7. Le texte romain est « metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine( ) constantissimo(um) cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus » (Dig. 4.2.6). La

ment : « est autem metus, secundum iurisperitos, *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*[1]. » L'opposition était nette si la crainte est un tremblement de l'esprit, pourquoi prendre alors comme critère un homme résolu (constantem virum) ? Saint Thomas y répond en recourant à Aristote l'intrépidité à laquelle il est fait allusion est relative et limitée ; cette réponse n'est qu'une application de la doctrine du corps de l'article définissant quelle est la constance que peut ébranler la crainte.

Saint Thomas fait preuve de son information juridique en précisant qu'il y a une crainte qui ne rentre pas sous la définition précédente « sed timor infamiae non reputatur timor cadens in constantem virum : quia, ut dicit lex, *timor infamiae non continetur illo edicto, quod metus causa factum est*[2] » ; la loi citée est un fragment d'Ulpien « nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit[3] » outre l'exactitude de la citation, on remarquera qu'en donnant les premiers mots de l'édit du préteur, saint Thomas le fait correctement cette fois-ci (quod metus causa), sans mention de « vi ».

En matière contractuelle une question se rattache étroitement à la crainte ; c'est celle de la fraude. C'est au sujet de ce vice dans la vente que saint Thomas utilise dans son exposé un texte de loi romain « Est, quia secundum leges civiles, si aliquis vendat animal morbidum, tenetur de vitio. Ergo tenetur dicere vitium emptori[4]. » Ulpien, en commentant l'édit édilice, écrit en effet au sujet des vices cachés « Aediles aiunt qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit[5]. » Saint Thomas montre bien, dans l'explication du passage, qu'il a une juste connaissance de la question, quand il précise ce qu'il faut entendre par maladie « illud intelligendum est quando morbus pecoris facit pecus minus valere... » Le droit romain définissait ainsi la maladie « morbum... apud Sabinum sic definitum esse, habitum... qui usum eius ad id facit deteriorem...[6]. » Certes saint Thomas ne distinguait pas « vitium » de « morbum » ; mais cela n'entrait pas dans son sujet qui ne comportait pas une telle précision.

Il est curieux de voir que dans la Somme Théologique, où la même question est reprise, il n'est plus fait allusion à la loi romaine. Toutefois « il semble bien que dans les articles 2 et 3 (II. II. 77) il s'inspire

dépendance de S. Thomas à l'égard du droit canon est nette alors que le droit romain dit « constantissimum », la décrétale porte « constantem » (X.1.40.4), comme le fait aussi la glose du Décret (20.3.1), et aussi S. Thomas, qui redonne cette définition dans ST.II.II.125.4 ob. 2.

1. Le texte romain est « metus, instantis, vel futuri periculi causa mentis trepidatio » (Dig. 4.2.1) ; cette définition se retrouve e cte dans la glose ordin. de X.1.40.4 (causa).

2. CS.IV.29.1.2 obj. 3 et ad 3.

3. Dig. 4.2.7.

4. Quodl. II.10 s.c. 1. Les caractéristiques de la fraude (et du dol) *a)* praecipue autem solet fraus exerceri et dolus in emptione et venditione » (ST.II.II.56.2 ad 2) ; *b)* quis utitur occultatione ad peccandum, sicut accidit in fraude et dolo (ST.II.II.66.3 ad 1) ; *c)* bene potest nocere ei qui fraudem fecit, sed non potest alteri praejudicium enerare (C.S. IV, 36, 1, 3).

5. Dig. 21.1.38.

6. Dig. 21.1.1 par. 7.

encore du droit romain ; ainsi en témoignent l'insistance qu'il met à déclarer une vente illicite..., les exemples qu'il cite animal (art. 2), cheval (2 et 3), maison (3), vase en cuivre (a. 2, sol 1) qui sont ceux dont discutent les jurisconsultes romains, et enfin la référence à Cicéron (a. 3 obj. 2), qui est la source principale en cette matière »[1]. En particulier cela semble clair pour la non-obligation de déclarer un vice apparent[2].

Si nous voulons enfin voir comment saint Thomas utilise une division juridique, prenons l'exemple de celle de l'ignorance, dont nous avons déjà vu l'utilisation comme axiome juridique. Avant tout l'auteur a la préoccupation d'harmoniser la division fournie par les juristes avec celle donnée par Aristote. Cette tendance à l'harmonisation, que nous retrouverons plus tard, montre bien l'importance que saint Thomas attache aux données juridiques qu'il met sur le même plan que la doctrine reçue de son maître grec. Celui-ci divisait l'ignorance en universelle (qui porte sur les choses que tout le monde est tenu de savoir) et en particulière (qui porte sur les choses que chacun n'est pas tenu de savoir, circonstances particulières « in actu »). Saint Thomas assimile la première à celle que les juristes appellent « ignorantia iuris » et la deuxième à l' « ignorantia facti[3] ».

Un type d'utilisation du droit romain, plus formel et plus important que les précédents, se constate à propos de diverses questions dans lesquelles saint Thomas a utilisé les données juridiques, non plus pour appuyer une objection ou confirmer élégamment une solution, mais pour édifier un véritable raisonnement. Le droit romain est alors un élément sérieux, dont il faut tenir compte pour apprécier correctement la pensée de l'auteur sur ces points, qui demeurent toutefois très particuliers.

A. *La condition des enfants de serfs.*

Voici d'abord le cas le moins important, mais qui illustre bien cependant le procédé employé. Le mariage des serfs pose la question suivante au cas où l'un des conjoints n'est pas serf, quelle condition doit avoir l'enfant en naissant[4] ?

1. C. Spicq, *La Justice*, III, p. 324.
2. ST.II.11.77.3 = Dig. 21.1.14.10.
3. CS.II.22.2.2 corp. Le rapprochement des deux divisions est rappelé dans ST.I.11.6.8 (ignorantia universalium iuris !) Une autre ample matière à divisions est fournie par la procédure judiciaire, lorsque S. Thomas l'étudie en elle-même, et non analogiquement : CS.IV.41 Expos. textus où il précise les divers effets de la procédure contentieuse (si agit petitorio... si autem agit possessorio) conformément à Dig. 6.1.36 ; cf. la glose ordinaire du Code 3.6.3 (petitotio iudicio...) et glose canonique ordin. sur X.2. 13.8. Les divers modes de la procédure criminelle sont énumérés dans Quodlibet 1.16 (= résumé de la glose ordin. de X.5.1.24 (forma), dépendante elle-même de celle de Hostiensis). La procédure en question est entièrement canonique.
4. CS.IV.36.1.4 sed cont.1.

Pour prouver que l'enfant doit suivre la condition de la mère, l'auteur forme le syllogisme suivant (dans un sed contra)

ajeure « Si quis seminat in terra aliena, fructus sunt eius cuius est terra » ;

Mineure « Sed venter mulieris respectu seminis viris est sicut terra respectu sementis... Ergo... »

La majeure concorde avec le droit romain ; : « Frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur[1]. »

Malheureusement il n'en va pas de même de la mineure ; si en termes impropres on peut dire que l'enfant est le fruit de la mère, le droit romain spécifiait que la progéniture de l'esclave ne pouvait pas être assimilée à un fruit « Partus vero ancillae in fructu non est...[2] »

Cependant l'idée générale était juste l'enfant étant un fruit au sens large (non juridique) tombe donc sous la propriété du maître et suit alors la condition de la mère esclave. C'est l'objet même de la démonstration de saint Thomas qui concorde avec l'enseignement du Code « Partum ancillae matris sequi conditionem nec status in hac specie patris considerari explorati iuris est[3]. » Ce n'est pas sous cette forme que ce texte est invoqué par l'auteur, mais sous une équivalente ; « Partus sequitur ventrem ». On peut alors se demander quelle est l'origine de cette expression plus réaliste que celle employée par le droit romain (matrem au lieu de ventrem)[4], et par le droit canonique[5] ? Nous avons retrouvé l'expression dans le vieil Accurse qui, commentant le Digeste, écrit « enim in rationali animali partus sequitur ventrem[6]. »

L'argumentation qui justifie cette sentence est de type philosophique dans la procréation le père fournit l'élément formel, la mère l'élément matériel, la substance corporelle ; or le servage est une condition qui affecte le corps, trait distinctif de l'explication du servage médiéval par saint Thomas ; donc la condition servile découle de la mère.

Un détail nous révèle là aussi la dépendance probable de saint Thomas à l'égard du droit canonique si l'enfant suit la mère pour ce qui est de la condition (liberté ou esclavage), il suit le père pour ce qui est des dignités (rattachées à la forme), honneurs, héritage...

1. Dig. 41.1.9. Cf. Code 3.32.11.

2. Inst. 2.1. par. 37, ou Dig. 5.3.27 et 47.2.48, par. 6 et 22.1.28. Cette question était très discutée chez les anciens jurisconsultes romains ; sur cela voir MONIER, *Manuel...*, I, p. 353, note 1, dont on complètera la bibliographie sur ce point par l'étude récente de CASTELLO, *La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo in Diritto Romano*, Naples, Jovine, 1948.

3. Code 3.32.7.

4. Dig. 30.1.84, par 10 (partus quoque matrem sequatur), Dig. 1.5.19 ou Dig. 1.5.24 (matrem sequatur).

5. Ca. 32.4.15 (deteriorem partem) dont la glose comporte toutefois l'expression « in libero ventre » ; *id.* dans X.I.18.8.

6. Dig. 6.1.5 par. 2 ; l'expression a été probablement suggérée par Dig. 1.5.5 par. 2 (qui in ventre est). S. Thomas emploie l'expression encore dans CS.IV.39.1.4 obj. 4 ; il n'expose pas la même doctrine dans le De Malo IV.8. ob et ad 15 (filii servorum, quamvis sint ex libera matre geniti, addicuntur servituti) qui est celle de Gratien (Ca. 32.4.15 « nam filii ex libero et ex ancilla servilis conditionis sunt, semper enim qui nascitur deteriorem partem sumit) ; voir note suivante.

raisonnement qui se retrouve (sans la justification rationnelle) dans la glose de Barthélemy de Brescia[1]. Enfin l'information donnée dans la suite confirme cette dépendance cette loi (la romaine) n'est pas en vigueur partout, dit saint Thomas ; car dans certains pays la progéniture suit la condition inférieure (deteriorem), de quel côté que ce soit[2]. L'auteur trouve une telle législation très déraisonnable, car dit-il (et cela nous révèle la haute idée qu'il se fait de la loi romaine) « non est credibile quod talis consuetudo possit esse ita rationabilis sicut illud quod multorum sapientum diuturno consilio determinatum est ».

B. *Défense de l'état religieux.*

Saint Thomas a eu beaucoup à combattre pour défendre la nouvelle forme de vie religieuse que constituaient les Ordres Mendiants. Aussi les écrits sur ces questions sont-ils pleins de vie (pour ne pas dire de vivacité). L'effort du Docteur Angélique a revêtu deux formes une négative, réfutation des objections, polémiques ; l'autre, positive, la constitution d'une doctrine rationnelle sur la nature de la vie religieuse, c'est-à-dire des vœux[3].

a) arguments polémiques.

C'est dans un des opuscules consacrés à la défense des nouveaux Ordres, le *Contra impugnantes Dei cultum et religionem* (écrit vers 1256), que nous trouvons de nombreux textes juridiques amenés en objections ou en réponses (72 de droit canon et 4 de droit romain). Examinons ceux de droit romain et voyons comment saint Thomas les utilise.

1. Les maîtres de l'Université objectaient que personne ne pouvait les obliger à accepter les nouveaux religieux dans leurs collèges (c'était un des points les plus âprement discutés) ; l'argument se basait sur un texte de droit : « secundum iuris civilis ordinem nullus ad societatem compelli debet, cum societas voluntate firmetur[4]. » Le texte visé semble bien être « cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui[5]. »

Saint Thomas répond à l'objection en distinguant soigneusement plusieurs sortes de sociétés publiques et privées ; perpétuelles et temporelles ; le texte objecté, dit-il, ne se rapporte qu'aux sociétés pri-

1. Ca. 32.4.9 (nec sanguinis). Dans Ca. 32.4.15 (liberi) il indique que la loi romaine n'est pas suivie partout, en Lombardie et Germanie, par ex. (S. Bonaventure ajoute : en certaines parties de la France, *Sent.* IV.36.1.3). La glose ord. de X.1.18.8 (mater sua) parle aussi de la loi lombarde observée « in multis regionibus » où l'enfant suit toujours la condition inférieure ; pour expliquer une telle anomalie, le glossateur se demande si on ne pourrait pas entendre « deterior » au sens de « debilior », ce qui enlèverait toute contradiction avec la loi romaine.

2. Voir note précédente.

3. Sur cette lutte, résumé historique (avec bibliographie) par Aug. Fliche et Yvonne Azais, dans le tome 10 de l'*Histoire de l'Eglise*, Martin et Fliche. Paris, Bloud et G. 1950, p. 466-473. Sur la position et la participation de S. Thomas dans cette lutte, voir WALZ, *S. Thomas d'Aq.* dans *Dict. de Théol. cath.*, XV, col. 625 ; CHENU, *Introduction*, p. 291 et suiv. et surtout HIRSCHENAUER RUPERT, *Die Stellung des hl. Thomas v. Aq. im Mendikantenstreit an der Universität Paris*, S. Ottilien, Missionsverlag, 1934.

4. Contra impugnantes... 3.

5. Dig. 17.2.19.

vées « quod nullus potest cogi ad societatem invitus, ut lex dicit, patet, quod, intelligitur de privata societate quae consensu duorum vel trium constituitur » ; donc il ne s'applique pas aux sociétés publiques, comme le sont les collèges d'Université[1].

2. Les séculiers objectaient aussi qu'un régulier, ayant même la juridiction déléguée par un évêque, ne peut pas confesser et prêcher dans une paroisse sans le consentement du curé ; un texte de droit romain était alors cité pour appuyer cette affirmation « Item scriptum est in iure, quod si princeps concedit alicui, quod liceat ei *aedificare in loco publico*, debet intelligi sine *praeiudicio alterius*, ut ff. *ne quid in loco publico* aedificare, L.I. *si quis a principe*[2]. »

Saint Thomas répond : on ne porte préjudice à autrui que si on lui enlève une chose qui a été établie en sa faveur ou pour son utilité ; or la charge pastorale n'est pas pour le bien personnel du curé, au contraire. Donc l'évêque peut donner aux religieux le pouvoir de prêcher et confesser dans une paroisse. L'interprétation du texte objecté semble juste il est clair qu'il ne concernait que les biens privés des individus.

3. La même objection revêtait une autre forme, plus subtile, en invoquant aussi un texte de droit romain cité avec grande précision : « item, *si princeps concesserit alicui liberam testamenti factionem, nihil aliud concessisse videtur nisi ut habeat consuetam et legitimam testamenti factionem. Neque enim credendum est, Romanum Principem qui iura tuetur, totam testamentorum observantiam multis vigiliis excogitatam atque inventem uno verbo velle evertere*, ut C. *De inoffic. testament.* L. *Si quando*[3]. » L'objection applique le même raisonnement en cette matière : du moment que le Pape concède la juridiction aux prêtres paroissiaux, il est sous-entendu que eux seuls peuvent l'exercer ; admettre les religieux en de pareilles fonctions serait renverser l'institution elle-même.

La réponse de saint Thomas retourne l'argument, en utilisant le texte lui-même si le Pape donne juridictions aux séculiers, il peut la donner aussi aux réguliers, qui alors peuvent en user librement ; ils doivent cependant se conformer aux règles communes.

4. Enfin c'est un caractère essentiel des nouveaux ordres qui est visé par une objection leur mendicité. Ici encore c'est un texte de droit romain (Code) qui est cité, texte assez parlant de lui-même « sed gravissime secundum ius civile punitur *validus mendicus*, si probatur,

1. Sur les sociétés chez S. Thomas cf. Commentaire Ethiq. 8.9.

2. On remarquera la précision de la référence ; il s'agit de Dig. 43.8.2.16 « si quis a principe simpliciter impetraverit, ut in publico loco aedificet, non est credendus sic aedificare, ut cum incommodo alicuius id fiat... ».

3. Contra impugnantes, 4 ; le texte se trouve dans Code 3.28.35 : « Si quando talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur, nihil aliud videri principem concedere, nisi, ut habeat legitimam, et consuetam testamenti factionem : neque enim credendum est, romanum principem qui iura tuetur, huiusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti. » Dans sa référence S. Thomas précise que ce texte est tiré du Code, et non du Digeste, où se trouve cependant un titre similaire (De inof. testam.). Allusion est faite à ce texte dans la glose ordin. de X.III.26.10 (au mot : improbamus).

quia *si servilis est conditionis efficitur servus prodentis ; si liber est, efficitur eius colonus perpetuus* : cap. De mendicantibus validis, lege unica[1]. » La réponse est un bon commentaire du texte objecté « lex illa loquitur de validis mendicantibus, qui nullam utilitatem reipublicae afferebant, sed otiose viventes usurpabant illud quod aliis pauperibus debebatur, quod patet ex hoc quod lex eos « inertes » nominat... » Saint Thomas a donc lu le texte qui est assez long et dont il n'a donné qu'un résumé dans la citation. Ce même texte est redonné avec la même interprétation dans la Somme Théologique au sujet de l'étude de la vie religieuse[2].

Tous ces textes polémiques étant opposés à saint Thomas par ses adversaires nous ne pouvons pas conclure de leur présence dans l'œuvre de celui-ci à un choix et une initiative dans leur réunion[3]. Ils nous révèlent cependant l'aspect polémique de sa personne et son procédé ne pas nier ou réfuter directement les textes, mais en détourner sur soi le bénéfice, en montrant le caractère artificiel de leur utilisation par les adversaires.

b) Théorie des vœux.

Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, saint Thomas a utilisé la notion romaine de « status », pour préciser la structure de la vie religieuse, en définissant celle-ci un état de vie, une tendance vers la perfection (charité).

Cette perfection peut être atteinte par des moyens divers. Quels sont ceux alors qui doivent caractériser la vie religieuse ? La réponse montre toute la fécondité de l'idée de « status » : le religieux devant pratiquer la perfection, qui est pour lui « son état de vie », doit orienter toutes ses activités vers ce but ; la perfection n'est pas quelque chose d'accidentel pour lui ; elle est sa vie même, son « status ». Le religieux doit donc sacrifier à cet idéal tous ses biens, sa volonté propre ; il le fait par les vœux de religion : pauvreté, chasteté, obéissance ; ceux-ci ne sont alors que l' « exercice systématique de la vie religieuse »[4].

Parti de la notion de *status*, saint Thomas veut parvenir à une systématisation pouvant expliquer certains caractères des vœux, dont l'Eglise distingue deux sortes le vœu simple et le solennel ; le dernier seul fait le religieux et entraîne deux effets juridiques importants perte radicale du droit de propriété privée, invalidité d'un mariage subséquent. Comment expliquer cette différence entre les deux vœux ? En quoi faire consister la solennité ? Et le tout en fonction de l'état de vie religieuse dont les vœux ne sont que l'exercice. Bref il fallait relier la théorie aux faits par une synthèse rationnelle. Saint Thomas

1. Contra impugn. 7 ; texte est Code II.25, assez long ; le résumé de S. Thomas est juste (il est parlé de « inertibus ») voir aussi Novelle 80.5.
2. ST.II.11.187.5 obj. 3.
3. Certains devaient être assez connus ; par exemple celui sur les mendiants valides (cité aussi par S. Bonaventure dans Questions disputées : De perfectione evangelica, 2.2 ad 13 Edit. Quaracchi, t. V, p. 135).
4. A. LEMONNYER, *La vie humaine*, Paris, Desclée Cie, 1926, p. 559.

a tenté de le faire à deux reprises successives, la première solution ne s'étant pas révélé satisfaisante.

1. Le Commentaire des Sentences développe une solution du problème située dans une ambiance essentiellement juridique[1]. Le vœu est une promesse ; saint Thomas apporte la définition telle que la donnaient les juristes de son temps « votum est alicuius (variante alterius) boni cum deliberatione facta promissio[2] » ; il part alors de la notion juridique de l'obligation créée par la promesse pour distinguer : la simple promesse (c'est le vœu simple) de la promesse avec exécution, avec « traditio » (c'est le vœu solennel) « votum autem, cum essentialiter sit promi io, complementum suae virtutis accipit sicut et promissio ; cuius quidem obligatio tunc completur quando aliquis hoc quod promittit, in praesenti dat[3]. » Donc le vœu est dit solennel quant à la simple promesse est jointe la donation effective de la chose promise ; cette donation se réalise dans la profession religieuse et affecte la personne elle-même du moine (corps, volonté) et ses biens.

Cette doctrine se retrouve dans une Question quodlibétique discutée peu après le Commentaire des Sentences[4].

Voyons la justification juridique apportée : « ex sola autem promissione non transfertur dominium ; unde si aliquis promittat rem aliquam alicui, et postea dat eamdem alteri, huiusmodi donatio non potest rescindi per priorem promissionem, quamvis male faciat dando. » Cette promesse simple dont il est parlé ici n'est pas autre chose que la « pollicitatio » romaine. D'ailleurs le droit romain assi ilait celle-ci à une « nuda promissio »[5] ou « solius offerentis promissio »[6]. Saint Thomas connaît l'expression et il l'applique au vœu simple « promissio autem exterius facta quandoque dicitur nuda »... « et tunc non habet plenam vim obligandi »[7], ce qui correspond à la doctrine romaine « ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur[8]. »

Donc toute la solution consiste dans l'opposition des deux degrés de la promesse simple promesse — sa réalisation par la « datio rei ». Le vœu est alors dit solennel « quando aliquis praesentialiter se dat Deo divinis se servitiis mancipando[9]. » Ce don est réalisé soit par la réception d'un ordre sacré, soit par la profession religieuse.

Le vœu se développe donc en deux temps promesse — exécution. Cette théorie a comme caractéristique que Dieu n'intervient pas ; « ce transfert de possession n'implique d'ailleurs pas d'intervention de la part de Dieu, c'est une démarche humaine »[10] ; tout se situe, en effet, sur un plan purement consensuel et unilatéral. De plus, il n'est

1. CS.IV.38.1.1.1.
2. CS. *id.*, obj. et ad 5 ; Pierre Lombard définissait le vœu promissionis spontaneae (*Sent.*, IV.38).
3. CS.IV.38.1.2.3 corp.
4. Quodlibet VIII.10 (pre ier séjour à Paris) voir aussi Quodli
5. Dig. 21.1.19 par. 2.
6. Dig. 50.12.3.
7. CS.IV.38.1.1.1.
8. *Sentences de Paul*, 5.12.9 ; sur la pollicitatio, cf. MONIER, *Manuel...*,
9. CS.IV.38.1.2.3.
10. I. MENNESSIER, *La religion*, Paris, Desclée Cie, 1934, p. 427.

pas question de formalités extérieures, solennités au sens juridique, telles qu'on les trouvait dans la « sponsio « ou le « votum » romain.

En un mot le vœu ne dépend que de l'individu. La théorie était commode ; elle expliquait aisément les effets de l'un et l'autre vœu. Et même, point important, le vœu solennel, n'étant qu'un acte humain de donation (exemple, la chasteté), pouvait obtenir dispense, si une grave cause ou l'utilité commune de l'Eglise l'exigeait.

2. La Somme Théologique, écrite (pour ce qui est de la IIª IIæ pars) près de quinze ans après le Commentaire des Sentences, présente de ce problème une solution nouvelle, située elle aussi dans un contexte juridique, quoique bien différent.

Il ne nous appartient pas d'examiner les motifs qui ont déterminé cette évolution ; ils sont d'ordre avant tout religieux et théologique ; en particulier, une prise de conscience plus profonde du rôle de Dieu dans la destination à l'état religieux. Un texte d'Innocent III, précisant qu'il est impossible de dispenser des vœux solennels a dû certainement jouer un rôle[1]. Il est peu probable que saint Thomas l'ait ignoré lors de sa première théorie ; en tout cas il ne l'a utilisé que dans la seconde, et prend fermement position contre la possibilité d'une dispense du vœu solennel. On s'est beaucoup appuyé sur un passage de la question 88 pour prétendre que saint Thomas n'aimait pas les juristes ; nous verrons ce qu'il faut en penser, au chapitre VI, où la question est examinée dans son ensemble. Remarquons seulement que l'argument énoncé par saint Thomas est le même que celui donné par certains juristes ; ainsi « Papa non potest facere quod ille qui est professus religionem non sit religiosus »[2], est le même motif qu'allègue Bernard de Bottone « Papa non potest in his dispensare, quoniam abdicatio proprietatis et custodia castitatis sunt de substantia monachatus[3]. »

Mais voici, ce qui nous intéresse ici est de constater que, dans la nouvelle doctrine de saint Thomas sur la nature du vœu solennel, c'est de nouveau à une notion juridique qu'il fait appel pour l'illustrer et la légitimer. En effet, alors que dans la première opinion, saint Thomas, avait surtout envisagé l'aspect volontaire et individuel de la question, ici il insiste bien autrement sur les exigences du « status ». C'est dans la question 184 de IIª IIæ pars (art. 4) que cette idée est développée et devient la base de sa nouvelle synthèse ; il la reprend dans sa signification originelle de « status libertatis et servitutis » ; ainsi ce n'est pas par ce qu'on accomplit des actes de serf ou d'homme libre qu'on devient l'un ou l'autre, « sed ille proprie est servus qui obligatur ad serviendum ».

Mais d'où vient alors cette obligation ? C'est ici qu'intervient l'idée juridique de solennité. « Requiritur quod obligatio praedicta cum aliqua solemnitate fiat sicut et caeteris quae inter homines obtinent perpetuam firmitatem, quaedam solemnitas adhibetur. » On voit le chan-

1. Texte dans X.III.35.6 fin.
2. ST.II.II.88.II cor.
3. Glose sur *idem* (abdicatio proprieta).

gement de perspective ; ce n'est plus l'exécution d'une promesse qui constitue le vœu solennel comme tel, mais l'agrégation officielle à l'état de vie par une solennité qui crée un lien supérieur à l'arbitraire de l'individu. Le caractère bien juridique de la solennité est marqué nettement : « sicut autem in humanis contractibus aliquae solemnitates secundum humana iura adhibentur, ut contractus firmior habeatur[1]. » L'allusion aux « humana iura » montre bien que saint Thomas recourt à l'idée romaine de solennité. On sait, en effet, qu'en droit romain « le simple accord des volontés ne suffit pas, en principe, à créer un lien, une obligation il faut, en outre, un élément matériel, ou formaliste, ou du moins, que la convention entre dans les cadres des contrats consensuels expressément reconnus par le droit civil »[2].

Cette solennité est liée à une autre notion juridique que nous avons déjà entrevue, celle de « mancipatio » ; ainsi « solemnitates non consueverunt adhiberi nisi quando aliquis totaliter mancipatur alicui rei »[3]. La profession religieuse est donc considérée comme une « mancipatio », « ingressus religionis maxime ad Deum pertinet quia per hoc homo totaliter se mancipat divinis obsequiis »[4]. Cette mancipation n'est pas autre chose qu'une consécration totale du religieux au service divin. Dans cette perspective, c'est Dieu qui prend le rôle principal « huiusmodo solemnitas petinet non solum ad homines, sed ad Deum, inquantum habet aliquam spiritualem consecrationem seu benedictionem, cuius Deus est auctor (var. actor)[5]. »

L'homme consacré n'est plus simplement l'homme engagé dans un état de vie par la donation de lui-même, mais c'est surtout l'homme que Dieu a mis à part, isolé des autres pour son service, grâce à une intervention spéciale dont l'Eglise est l'intermédiaire. Il n'est plus alors au pouvoir des hommes, même du pape, de détruire ce caractère sacré, d'annuler cette mancipation, en un mot de dispenser du vœu solennel[6].

1. De perfectione 16, *id.*, ST.II.11.184.4
2. MONIER, *Manuel...*, II, p. 32.
3. ST.II.11.88.7.
4. ST.II.11.189.3, de même II.11.186.1 (religiosi dicuntur illi qui se totaliter mancipant divino servitio).
5. ST.II.11.88.7 ad 1 ; ainsi, si le vœu simple peut être émis dès l'âge de raison, le vœu solennel, ainsi compris, n'est possible qu'à l'âge fixé par l'Eglise. ST.II.11.189.5 co ; c'est celui de la puberté (Dig. 28.1.5).
6. L'Eglise n'a pas ratifié cette conclusion et a admis dans la suite la possibilité de dispense des vœux solennels. Cf. décision de niface VIII, dans Sexte, 3.15.

(Note historique.) Un bref rappel de la situation doctrinale antérieure à S. Thomas montre quelle a été son originalité, même face aux juristes. Cette doctrine s'est précisée surtout à propos de l'empêchement de mariage créé par le vœu. Pour l'historique de la question voir ESMEIN-GÉNESTAL, *Le Mariage en droit canonique*, Paris, Rec. Sirey, 1929, pp. 305 et suiv. ; de même J. DAUVILLIER, *Le Mariage dans le droit classique de l'Eglise*, Paris, Rec. Sirey, 1933, p. 172.

Pierre Lombard et Gratien, dans le but d'expliquer les effets différents des deux sortes de vœux, firent du vœu simple un vœu privé, fait en secret, le vœu solennel étant public (in conspectu Ecclesiae) et dirimant le mariage. Le canoniste Huguccio amorça la solution que développèrent S. Bonaventure, S. Thomas, en distinguant le vœu actuel (qui rend le mariage invalide) et la simple promesse d'émettre le vœu ; en effet que le vœu soit privé ou public (lennel au sens de Gratien), dit-il, il doit avoir le même effet vis-à-vis du mariage ; si on veut justifier une différence d'effets il faut situer les deux sortes de vœux sur un autre plan, celui du temps (de futuro, de praesenti). Cette idée

On a l'impression que saint Thomas, saisi par l'importance du rôle de Dieu dans la vie religieuse, ait durci le texte d'Innocent III, l'érigeant en absolu, le « substantifiant » pourrait-on dire, par le recours à des concepts juridiques placés hors de leur ambiance native. Avouons que si la tentative n'a pas complètement réussi, elle partait d'une haute idée des conceptions juridiques léguées par le droit romain.

c) L'entrée en religion du débiteur insolvable.

Bien que cette question ne fasse pas partie de la défense de la vie religieuse, elle lui est trop connexe pour que nous ne placions pas son examen en cette place. C'est une célèbre question qui a donné lieu parmi théologiens et canonistes à des controverses abondantes[1]. L'examen rapide de la solution donnée par saint Thomas montre de nouveau comment il utilise un argument juridique d'origine romaine.

La question posée était d'une utilité quotidienne un débiteur insolvable (au moins immédiatement) peut-il se permettre d'entrer en religion, c'est-à-dire dans un état où il s'enlève toute possibilité de rembourser son créancier ? Le Commentaire des Sentences avait donné une solution en un texte passé souvent inaperçu[2] c'est l'intention du débiteur qui doit décider de la réponse à donner ; celui-ci a-t-il fait vœu de s'engager immédiatement dans la vie religieuse ? Il n'est pas tenu alors d'attendre dans le monde pour liquider sa dette ; mais le supérieur qui le reçoit assume cette charge à sa place[3]. Par contre, si en faisant vœu, il a songé à sa dette, on peut présumer qu'il ne voulait pas s'engager avant d'avoir disposé de ses biens. Toutefois, s'il estime n'avoir jamais la possibilité de se libérer de sa dette, il est tenu de ne pas différer son entrée. La solution était quelque peu périlleuse, manquant de nuances et pouvant facilement excuser des abus. Remarquons le lien qu'il y a entre cette doctrine et la première solution sur la nature des vœux : ce n'est que l'intention de l'individu qui est considérée.

La solution donnée dans la Somme Théologique est beaucoup plus nuancée. D'abord est donné un principe général quiconque est tenu de rendre des comptes à quelqu'un ou est lié par une dette certaine, ne peut pas omettre cette obligation pour entrer en religion. Cependant une seule exception est admise si la dette consiste en une somme d'argent et si le débiteur n'a pas de quoi la solder, il n'est tenu à faire que ce qu'il peut (ad impossibile nemo tenetur), c'est-à-dire à consentir

que le vœu simple promesse n'engage pas encore, ne se retrouve pas dans les décrétales et leurs gloses ; pour elles, au contraire, les deux vœux « ab initio sunt aequaliter observanda et utrunque ...quia utrunque in perpetuum obligat », ou bien « simplex votum apud Deum non minus obligat quam solemne » (glose « apud Deum ») X.IV.6.5. Déjà Barth. de Brescia n'admettait pas trop l'introduction d'un élément temporel pour distinguer les vœux « quidam dicunt illud votum esse simplex quod fit per verba de futuro » (glose sur Di. 27.2 « quidam »). On voit donc combien les solutions successives de S. Thomas continuent ces données en les dépassant largement en systématisation.

1. La décision de Sixte V (interdiction au débiteur d'entrer en religion), tempérée par Clément VIII, n'a pas empêché les auteurs d'envisager diverses hypothèses, en utilisant l'autorité de S. Thomas, souvent de façon fort arbitraire.

2. CS.IV.38.1.3.1 ad 7 ; ce texte n'est pas passé dans le supplément de la S.T.

3. Voir idée similaire dans X.1.19 (infamatur), sur le débiteur qui entre dans le clergé séculier.

une « cessio bonorum »... Saint Thomas considère alors que le privilège qu'est en soi la « cessio » dégage le débiteur de toute autre obligation. En effet en droit romain, la « cessio bonorum » empêchait la contrainte de corps et mettait le débiteur à l'abri des sévices du créancier ; ainsi « qui bonis cesserint... ne iudicati detrahentur in carcerem[1]... omni corporali cruciati semoto »[2]. « Sabinus et Cassius putabant eum qui bonis cessit, nequidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari »[3], et surtout la Novelle 135 qui libérait le débiteur après serment qu'il n'avait plus rien pour payer le restant de sa dette.

Constatons d'abord que saint Thomas a compris le caractère de privilège qu'a la « cessio bonorum » ; par contre, il ne semble guère en connaître les limites (interdite aux débiteurs malhonnêtes ou imprudents) ; ici il utilise de même une notion juridique qu'il érige en absolu. Ceci étant, moralistes et canonistes ont dans la suite discuté pour savoir si cette « cessio bonorum » dispensait en conscience de toute autre obligation de restituer pour l'avenir. Saint Thomas, plus réaliste, n'envisage pas cette hypothèse ; son raisonnement revient à ceci si, en fait, le débiteur, qui a cédé ses biens en entier ne s'enrichit pas, le droit ne l'oblige pas à autre chose, même pas à travailler pour achever la restitution. Donc il peut s'engager dans un état de vie qui lui enlève toute possibilité d'enrichissement ; « unde potest licite, exhibitis rebus suis, religionem intrare, nec tenetur in saeculo remanere ut procuret unde debitum reddat »[4] ; le raisonnement paraît juste. Il le semble moins pour ce qui est du fondement attribué par saint Thomas à ce privilège qu'est la « cessio bonorum » en effet « propter pecuniam autem persona liberi hominis, secundum iura civilia, non obligatur, sed solum res quia personna liberi hominis superat omnem aestimationem pecuniae. » Cette dernière phrase est significative ; la règle du droit « libertas inaestimabilis res est » est prise en un sens inatendu. Alors qu'en droit romain elle s'appliquait à l'état de liberté opposé à celui d'esclavage, pour saint Thomas il s'agit de la liberté opposée à la contrainte. Le droit romain pensait « une dette ne peut pas entraîner l'état d'esclavage »[5], saint Thomas pense « une dette pécuniaire ne peut pas entraîner d'obligation personnelle »[6]. Pour lui alors la « cessio bonorum » n'est qu'un cas particulier du principe suivant le créancier n'a de droit que sur la chose, les biens, du débiteur, et non sur sa personne ; celui-ci est dégagé de tout lien dès qu'il a cédé ses biens, même s'ils ne su sent pas à payer toute la dette.

En droit romain, au contraire, la « cessio bonorum » n'était qu'un privilège qui évitait au débiteur de bonne foi de tomber sous le prin-

1. Code 7.71.1.
2. Code 7.71.8.
3. Dig. 42.3.4, sur la cessio bonorum voir MONIER, *Manuel...*, I, p. 171, 202 ainsi que l'étude posthume de PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischer Recht* dans *Zeits. d. Savig.*, Röm. A., t. LXV, 1947, p. 121-218.
4. ST.II.11.189.6 ad 3.
5. Code 4.10.12 « Ob aes alienum servire liberos creditoribus, iura compelli non patuntur. »
6. C'est toute la conception du rôle de la monnaie chez S. Thomas qui est ici engagée.

cipe suivant le créancier peut obliger la personne du débiteur, s'il le faut, et s'exécuter sur elle. La perspective est donc bien différente.

Nous avons là un de ces dépassements de sens habituels chez notre auteur ; il utilise le droit romain, mais en lui donnant une valeur absolue, le comprenant d'ailleurs en fonction de sa doctrine générale du droit. En effet, comme nous le verrons, le droit, pour saint Thomas, est avant tout la chose juste elle-même, la « res objectiva », (ici, la somme d'argent), qui crée une relation entre deux personnes. Le droit n'est pas alors avant tout un pouvoir moral ou subjectif, de faire ou d'exiger quelque chose, comme on l'entend souvent aujourd'hui ; ce sens, pour saint Thomas, ne fait que découler de la chose juste. Celle-ci devenant impossible ou inexistante, le droit subjectif ne peut plus s'exercer et disparaît donc[1].

On sait l'influence considérable qu'a eue le droit romain sur la formation du droit canon[2]. Il n'entre pas dans l'objet de notre étude de relever les éléments romains passés dans le droit canonique connu de saint Thomas. Cependant nous ne pouvons pas ne pas faire allusion aux parties du droit romain que l'Église a reçues officiellement, sans les modifier, tout en leur conférant l'autorité de lois canoniques ; nous voulons parler des lois romaines « canonisées ». C'est surtout celle relative à l'adoption qui a retenu l'attention de saint Thomas (peut-être à cause de l'utilisation analogique qu'il en avait fait ?).

Auparavant citons rapidement quelques lois romaines que saint Thomas cite en spécifiant qu'il sait leur caractère caduc et leur remplacement par des lois ecclésiastiques, soit de façon partielle, soit totalement.

1. Comme exemple de ce dernier cas, saint Thomas reconnaît que les dispenses de mariage étaient jadis données et réglées par la loi romaine, qui déterminait les degrés de consanguinité, et en dispensait au besoin. « Olim matrimonium gentilium dispensabatur per leges civiles, ita nunc per statuta Ecclesiae »[3]... « sed olim lex civilis determinabat gradus consanguinitatis qui matrimonium impendiunt et qui non » (id.).

Au sujet de la manière de compter les degrés de consanguinité, saint

1. S. Thomas connaît la loi de Justinien autorisant un conjoint à entrer en religi après un mariage valide « lex humana hoc permisit » (CS.IV.27.1.3.1 obj. 1) ; cette loi est la Novelle 117.12. Cette infraction à la loi de l'indissolubilité du mariage est ainsi expliquée par S. Thomas : la loi civile ne considère le mariage que comme « officium naturae » ; or celui-ci ne tire sa parfaite indissolubilité que « secundum quod est sacramentum ». Sur cette question voir aussi la Novelle 22.5 (licentiam esse viro et mulieri ad meliora migranti, transigere matrimonium). Dans l'exposé de cette loi, S. Thomas peut dépendre de Gratien (Dt. 10.1 (lex concessit, lex tamen divina prohibuit) ou Ca. 27.2.19 (15) Barth. de Brescia dans sa glose sur Dt. 10.1 (lex humana), s'étonne de cette loi de Justinien (valde catholicus Imperator) ; il explique la chose par divers motifs.

2. Cf. Van Hove, *Prolegomena...*, pp. 219 et suiv.

3. CS.IV.40.1.4.8.c. ; 40.1.2 et 3.

Thomas connaît la différence entre la méthode romaine et la canonique : « secundum computationem canonicam et legalem,... Et secundum hoc est diversa computatio canonica et legalis.....[1] »

L'étude de la légitimation offre à saint Thomas l'occasion de placer, à côté l'un de l'autre, le droit romain et le droit canon, pour se compléter mutuellement.

Il reconnaît deux sortes de légitimations[2]

a) L'une canonique, qui n'est d'ailleurs que l'adaptation chrétienne de lois romaines, et qui se fait par
   1° mariage subséquent (sauf s'il y a eu adultère) ;
   2° rescrit du pape (c'est l'ancienne légitimation par rescrit du prince).

b) L'autre civile, qui se fait suivant quatre procédés, modalités de la légitimation par oblation à la curie
   1° simple oblation à la curie impériale, « ex hoc ipso enim legitimatur, propter curiae honestatem » ; le Code avait la même expression (curiae splendore honestare)[3] ;
   2° le même procédé d'oblation à la curie, mais accompli par testament[4] ;
   3° la même oblation, mais faite volontairement par l'enfant naturel, le père étant mort sans enfant légitime[5] ;
   4° légitimation par document public, signé par trois témoi affirmant le caractère légitime de l'enfant[6].

On retrouve dans toute cette question les mêmes expressions chez saint Thomas que dans les textes romains[7].

2. L'étude de l'adoption romaine, « canonisée » par l'Église, est faite par saint Thomas avec un grand souci de précision. Il aurait pu ne pas détailler son exposé et en laisser le soin aux juristes ; son attitude révèle donc encore l'intérêt qu'il porte aux questions juridiques[8].

En abordant cette étude, saint Thomas déclare le faire à la lumière du principe suivant : « filiatio adoptionis est quadam imitatio filiationis naturalis », qui correspond bien à l'idée générale de Justinien,

1. Sur la question de la consanguinité, comme en général pour la matière matrimoniale, S. Thomas dépend beaucoup de S. Raymond de Pennafort, mais uniquement pour ce qui est des données canoniques elles-mêmes ; il ne craint pas de s'écarter de lui lorsqu'il les interprète. Sur cette définition de la consanguinité voir S. RAYMOND (*Summa*, IV.6.1), S. ALBERT LE GD (*Comment. des Sentences*, IV.40.3), comme aussi Gratien (Ca. 35.5).
2. CS.IV.41.1.3.3.
3. Code 5.27.3.
4. Novelle 89.2.
5. *Id.*
6. Nov. 117.2.
7. Au sujet des enfants illégitimes, S. Thomas énumère quatre classes d'enfants (status filiorum) CS.IV.41.1.3.1 : *a)* ceux nés hors mariage (enfants naturels, non légitimes) ; *b)* ceux nés d'un mariage (enfants naturels et légitimes) ; *c)* ceux nés sans mariage (enfants « spurii ») ; *d)* ceux reconnus comme tels par la loi (enfants adoptifs). A leur sujet, S. Thomas précise les fils illégitimes, nés d'un concubinage, ne peuvent hériter que du 1/6 ; cf. Nov. 89.12 (duodecim uncias) ; les « spurii » n'ont droit à rien ; Nov. 89.15 (neque habebit quoddam...). Cette division des enfants se retrouve dans la glose de Gratien (Ca. 32.4.15 « quatuor sunt genera filiorum »). Cf. CS.IV.41.1.3.2.
8. Sur l'adoption : .IV.42.2.1.

qui a unifié les conditions de l'adoption et de l'adrogation en s le principe « adoptio sequitur naturam »[1].

Saint Thomas connaît les deux formes de l'adoption

1° « una quae perfecte naturalem filiationem imitatur ; et haec vocatur adrogatio, per quam traducitur adoptatus in potestatem adoptantis. »

Les caractéristiques de cette adoption sont ainsi énumérées

a) l'adopté doit être « sui iuris, qui scilicet non habet patrem, aut si habet est emancipatus »[2] ;

b) « sic adoptatus succedit patri adoptanti ex intestato non pot t eum pater sine culpa privare quarta parte hereditatis » ; c' t la quarte antonine[3] ;

c) origine de cette adoption « non fit nisi auctoritate principis »[4] ;

d) « adoptato patre, adoptantur filii et nepotes qui sunt in potestate adoptati[5]. »

2° « alia adoptio est quae imitatur naturalem filiationem imperfecte : quae vocatur simplex adoptio[6]. »

Ses caractéristiques sont ainsi énumérées

a) « potest adoptari etiam ille qui non est sui iuris »[7] ;

b) « non tenetur ei adoptans aliquid de bonis suis in t dimittere nisi velit »[8] ;

c) « sine auctoritate principis, ex auctoritate magistratus »[9] ;

d) « adoptatus non transit in potestatem adoptantis »[10].

Comme on le voit, l'information de l'auteur est précise. Sur un point seulement il semble s'être laissé aller à pousser trop l'opposition rationnelle entre les deux adoptions, c'est en refusant à l'adopté (simpl) le droit à la succession ab intestato. Ce que saint Thomas appelle « simplex adoptio » correspond à ce que nous appelons actuellement « adoptio minus plena » ; il n'y a pas à s'étonner de ce qu'il ignore l' « adoptio plena » ; celle-ci étant identifiée par les canonistes avec l'adrogatio[11].

Saint Thomas donne de plus quelques précisions sur l'adoption qui montrent son souci d'exactitude. En effet :

1. Cf. GIFFART, *Précis...*, 261 ; textes dans Iust. I 11 4 « adoptio enim naturam imitatur ».

2. Ce passage de S. Thomas montre qu'il connaît la notion de « sui i is ». Cf. textes dans Ins. I.11.1 « adoptamus eos easve, qui quaeve sui iuris sunt. Quae species adoptionis dicitur adrogatio ». Cf. Dig. I.7.2.

3. Sur la succession ab intestat : Code 8.48.10 ; sur la quarte antonine : Code 8.48.2.

4. Ins. I.11.1. « Imperatoris auctoritate adoptamus .. » Cf. aussi Dig. I.7.2.

5. CS.IV.42.2.3 ad 4, cf. Dig. I.7.2 « non solum ipse potestati adrogatoris subiicitur, sed et liberi eius in eiusdem fiunt potestate, tanquam nepotes » ; voir aussi Dig. I.7.15.

6. CS.IV.42.2.1 ad 1.

7. Dig. I.7.2 ; Ins. I.11.1.

8. Code 8.48.10.

9. Ins. I.11.1.

10. Ins I.11.2 « nec quidquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate eius est ».

11. Sur cette question voir WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, tome V, ius matrimoniale, 3a edit. par P. Aguirre, Rome P.U.G., 1946, p. 222 « canonistae inter adrogationem et adoptionem plenam sive perfectam non solent distinguere ». Les auteurs modernes ne sont d'ailleurs pas d'accord sur l'extension à donner à l'adoptio plena ; cf. MONIER, *Manuel*, I, p. 269.

a) toujours suivant le principe que l'adoption doit imiter la nature, et donc qu'elle a pour but de donner des enfants à l'adoptant, celui-ci doit être plus âgé que l'adopté, « quia secundum leges, illius est adoptare cuius est filios generare » ...« et ideo minor non potest adoptare seniorem : sed oportet, secundum leges, quod adoptatus sit in tantum adoptante iunior quod posset eius esse filius naturalis »[1]. Saint Thomas exclue donc de l'adoption « qui non potest generare, ut spado vel frigidus », se montrant par là plus sévère que le droit romain[2] ;

b) l'adoption a encore un autre but, dit saint Thomas, la succession héréditaire ; ce but vient restreindre la faculté d'adopter « adoptio ordinatur ad haereditatis successionem et ideo illis solis competit qui habent potestatem disponendi de hereditate sua ; unde qui non est sui iuris, vel non est minor vigintiquinque annis, aut mulier, non potest adoptare aliquem nisi ex speciali concessione principis[3]. » La pleine capacité juridique est en effet le propre du « sui iuris » et du majeur qui a 25 ans ; l'adoptant est essentiellement paterfamilias. Dans un autre article, saint Thomas précise encore pour la femme la possibilité d'adopter « ex concessione principis »[4] ;

c) enfin par tous ces buts l'adoption vient au secours des enfants abandonnés : « adoptio sit inducta *in solatium filiorum amissorum* », qui évoque le passage des Institutes : « ...sed ex indulgentia principis ad solacium liberorum amissorum adoptare possunt[5]. »

Cette institution de l'adoption, canonisée par l'Eglise[6] crée une parenté « cognatio legalis », source d'empêchement de mariage. Sur ce point aussi saint Thomas donne toutes les précisions voulues[7] ; nous ne nous y arrêterons pas, la matière étant surtout canonique.

Ce que nous devons retenir est alors le souci, qu'eut le Docteur Angélique, de s'informer en des matières juridiques, quitte quelquefois à modifier légèrement les données du droit issues de l'histoire, pour les faire cadrer avec un principe rationnel ; l'adoption nous en a fourni l'exemple.

1. CS.IV.42.2.1 ad 5, cf. Ins. I.11.4 « debet itaque is, qui sibi per adrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere ».
2. CS.IV.42.2.1 ob. et ad 4 ; le droit romain ne parlait que de « castrati ». Ins .I.11.9.
3. CS.IV.42.2.1 ob. et ad 3 ; cf. Dig. I.7.17 ; Inst. I.11.10.
4. CS.IV.42.2.3 ad 3 ; cf. Dig. I.7.21.
5. Inst. I.11.10.
6. Sur la canonisation de la loi romaine de l'adoption voir Gratien : Ca. 30.3.1 « venerandae Romanae leges... » ; la glose donne en ce passage une brève distinction entre l'adrogation et l'adoption ; elle est plus abondante dans le commentaire de X.IV.12 (décret aux Bulgares). Cf. Dig. I.7.23.
7. CS.IV.42.2.3 « triplex est legalis cognatio... » Sur cet empêchement voir glose de Gratien : Ca. 30.3 (quod autem), et surtout celle des décrétales, X.IV.12, très précise. S. Thomas ne semble guère en dépendre, mais plutôt de S. Raymond de Pen. (*Summa*, IV.8.1).

Notons aussi en terminant que S. Thomas connaît les interdictions légales portés contre certains délits d'immoralité, transmises par le droit canon (CS.IV.41.1.4.1) : Stuprum (Dig. 48.5.6 = Ca. 32.4.4, glose (Stuprum), incestus (Dig. 48.5.38 = Ca. 35.2.8,) raptus (Code 9.13.1 = Ca. 36.2.1).

Chapitre IV

LE DROIT ROMAIN, SOURCE DOCTRINALE INDIRECTE

L'utilisation du droit romain que nous abordons ici est dans le prolongement de celles étudiées dans le chapitre précédent. En effet, nous nous trouvons en face de raisonnements juridiques divers, portant souvent sur des questions controversées. Mais ici les matières traitées par saint Thomas sont beaucoup plus délicates et homogènes aussi au droit romain. En effet, ce n'est plus à l'occasion d'une discussion théologique (vie sacramentelle ou religieuse) que celui-ci est utilisé, mais en un domaine qui lui est proche, celui de la morale. Saint Thomas, tout au cours de son œuvre, ayant traité les sujets les plus variés, les plus pratiques aussi — ceux de la morale, entre autres — n'a pas hésité à faire appel aux lumières que pouvait lui fournir le droit romain.

Il faut songer, pour comprendre cette attitude, que le Moyen Age ne tenait pas aussi étroitement séparés, qu'on ne le fait aujourd'hui, l'ordre de la morale et celui du droit. Saint Thomas surtout les réunissait, sans les confondre toutefois, dans l'idée supérieure de moyens possédés par l'homme pour atteindre sa Fin dernière. Il est alors intéressant de voir quelle est son attitude en face de questions dans lesquelles le droit romain est en divergence ou même en opposition avec certaines règles de morale ou de droit canon. Les solutions données par saint Thomas montreront bien l'idée qu'il se faisait de l'ordre juridique personnifié par le droit romain, et combien il prenait conscience de ses légitimes exigences. Ensuite l'examen de divers textes utilisés dans l'étude de la loi humaine nous permettront de juger l'idée exacte que se faisait de sa dignité le Docteur Angélique.

Première Partie

Les exigences de l'Ordre juridique

La solution de difficultés concrètes a obligé saint Thomas à porter son attention sur un domaine délicat, celui où interfèrent l'ordre juri-

dique et l'ordre moral, zone d'influence « mixte », irions-nous, où le partage des deux compétences n'est pas toujours aisé.

Après un examen rapide de quelques questions où le droit semble revendiquer une certaine autonomie, vis-à-vis de la morale, nous nous arrêterons un peu à certains conflits de compétence entre les deux ordres, et dans la solution desquels saint Thomas révèle sa manière d'utiliser le droit romain.

A. — Le Droit, source de moralité

a) *Gain illicite.*

La loi romaine interdisait les jeux de hasard et estimait injuste la propriété de l'argent gagné à cette occasion[1], en donnant au perdant le bénéfice de la « repetitio » « ...nulli liceat in publicis, vel privatis domibus vel locis ludere neque in genere, neque in specie... »

Saint Thomas a eu connaissance de cette loi, probablement par l'intermédiaire du droit canonique[2], et il traite deux fois de la question[3] ; Ainsi ...« dicendum quod ipsum lucrum aleatorum est lege prohibitum. » Voici le commentaire fourni par l'auteur cette interdiction générale portée par la loi civile contient deux éléments qui sont de droit naturel et divin : *a)* la prohibition de s'enrichir par le jeu, au détriment de quelqu'un qui n'a pas la capacité d'aliéner ses biens (mineur, fou, etc.)[4], et *b)* la prohibition de pousser quelqu'un au jeu par appât du gain[5]. Ces deux actions sont, en effet, intrinsèquement mauvaises et tombent sous la compétence de la loi morale, en entraînant comme conséquence, l'obligation absolue de restituer. Sur ces deux points la loi humaine ne fait que renforcer la loi naturelle. Mais en dehors de ces deux éléments, noyau naturel, interdits par l'ordre des choses, le reste de la prohibition n'est que le fait de la loi humaine, dont il subit les vicissitudes (abrogation possible, limite de juridiction, etc...). Donc tant que la loi est en vigueur, l'interdiction générale du jeu a force d'obligation ; agir contre elle est alors commettre un acte moralement mauvais (parce qu'interdit) et oblige à restitution.

Il est aisé de voir dans quel esprit saint Thomas interprète le texte ; la perspective dans laquelle il se place est différente de celle du légis-

1. Code 3.43.3. Il est inutile, pour notre propos, de préciser les nuances mises dans cette interdiction, et que n'a pas connues saint Thomas.

2. Décret Di. 35.1. Décrétales : X.3.1.15 ; dans ces textes on ne trouve que quelques allusions. La glose ordinaire, par contre, indique les diverses opinions sur le droit du perdant à la répétition : *a)* les uns le nient (le gain doit alors être donné aux pauvres) ; *b)* d'autres pensent : du moment que l'opération est immorale des deux côtés, le possesseur peut garder l'argent (melior est conditio possidentis) ; *c)* d'autres enfin le reconnaissent (opinion qui a la faveur du glossateur). Ces textes ne visent que les clercs joueurs.

3. CS.IV.15.2.4.3 ad 2 ; et ST.II.11.32.7 ad 2.

4. Peut-être faut-il voir dans cela une allusion à la loi romaine qui avantageait le fils de famille perdant, Dig. II.5.4.

5. De même ici, on peut trouver une idée semblable dans Dig. II.5.1. (qui compellit ludere).

lateur ; un détail est significatif : Le législateur (qui a en vue le bien commun), soucieux de condamner les jeux de hasard, défavorise le gagnant, quel qu'il soit, en accordant au perdant le droit de répéter[1]. Saint Thomas, soucieux de condamner l'immoralité intrinsèque, défavorise celui qui pousse au jeu, en lui refusant le droit de récupérer son argent au cas où il serait perdant. Toutefois, dans ce dernier cas, celui qui a été poussé au jeu, et qui a gagné, ne peut pas garder l'argent, car ce serait contraire à la loi civile. Que faire alors de ce gain ? Son ancien propriétaire ne peut pas le récupérer, de par la loi naturelle (il a poussé au jeu) ; celui qui a gagné ne peut pas le garder, de par la loi civile (tout gain est interdit) il n'y a plus qu'une solution le donner en aumône[2].

L'utilisation de ce texte est significative de l'esprit de saint Thomas ; en commentant un texte juridique, il ne le fait pas dans la technique propre de celui-ci, mais dans la perspective du droit naturel. Mais alors dès que celui-ci n'est plus directement intéressé, la loi humaine, qui est sa détermination et son auxiliaire, prend sa pleine importance ; elle devient alors elle-même norme de moralité et interdit des actes qui de soi ne sont pas intrinsèquement mauvais (de par le droit naturel) ; elle détermine et prolonge celui-ci en vue du bien commun, qui peut exiger cette prohibition en raison de circonstances contingentes. En un mot la loi humaine contribue à étendre le champ de la moralité.

b) *Gain honteux.*

Par contre, il est d'autres cas où, dans un mouvement contraire, la loi humaine, toujours en vue du bien commun, va tendre à restreindre ce champ de la moralité, en rendant licite un acte, qui sans être intrinsèquement mauvais (elle ne le pourrait pas alors), est néanmoins entaché d'un vice originel. Il aurait été dans la ligne de l'ordre moral, abstraitement considéré, d'étendre son interdiction à tel acte vicié à la base ; l'ordre juridique, en autorisant cet acte, limite la zone d'influence de la morale particulière, le soustrayant à sa condamnation. Il le fait cependant dans un but de morale générale (le bien commun).

1. Code 3.43.2.

2. La solution est conforme à l'esprit du droit romain qui prescrivait de verser le gain au trésor public, si le perdant ne voulait pas répéter (Code 3.43.2).

La solution donnée dans la ST. est plus condensée que celle du . ; elle ne parle que du devoir du gagnant au jeu (s'il doit ou non restituer : oui, si c'est lui qui a poussé au jeu). Le CS. détaille les droits du perdant (s'il peut répéter ou non : non, si c'est lui qui a poussé au jeu).

Il est à remarquer que le t· te du CS. présente une faute de ponctuation qui se transmet d'édition en édition (elle se retrouve même dans celle de Moos, Lethielleux, Paris, 1947, p. 694, n° 316). Le sens évident du passage indique : après « non est dignus recipere » il faut un point-et-virgule, et non une simple virgule, cette phrase étant directement liée à la précédente. Sans cette correction le passage n'a plus de sens.

Il faut donc lire :

« *si tractus lusit* et amisit, potest repetere ;
si lucratus est, non tenetur restituere, quia ille qui amisit non est dignus recipere ; *nec potest licite recipere*, nisi ius positivum per contrariam consuetudinem esset alicubi abrogatum. »

Le texte de la ST. achève la pensée : « unde debet de hoc eleemosinam facere in hoc casu ».

Tel est le cas — nous ne disons pas, de la prostitution elle-même, — mais du gain de la prostituée, de l'argent qui lui est donné pour ses services. Sur ce point saint Thomas a certainement été frappé par la loi romaine qui déclarait licite un tel gain. La loi disait « Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt... illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix[1]. » Saint Thomas se réfère plusieurs fois à cette loi[2] en la citant même textuellement « secundum iura humana, *turpiter facit meretrix in hoc quod est meretrix, non tamen turpiter accipit* : et ita licite possidet[3]. »

De même ici c'est probablement par le droit canon (glose de Barthélemy de Brescia)[4] que saint Thomas a connu ce texte.

Et de même, en l'utilisant, il ne le fait pas dans la même perspective que le législateur romain. En droit romain, l'argent donné « ob turpem causam » n'est injustement possédé et ne peut donc être répété par le donateur que si la turpitude est du côté seulement de l' « accipiens ». Or, dans le cas de la prostituée, la turpitude ne réside pas dans l'acceptation elle-même de l'argent par la courtisane, mais dans la donation par le client « sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis », précisait Ulpien[5]. On voit quel est ici le sens très spécial et juridique du mot « turpitudo » : dès que le donateur participe à l'action honteuse (et c'est le cas ici), il ne peut plus prétendre récupérer son argent.

Saint Thomas n'est pas entré dans ce domaine technique et son explication, pour être d'un autre ordre, n'en est pas moins significative. A première vue, il semble que, en raison de la stricte morale, le théologien aurait dû porter, sur ce « turpe lucrum », la même condamnation que pour l'usure, la simonie ; car le péché ne peut jamais légitimer le gain issu de lui. Cependant, à la suite des juristes et canonistes, saint Thomas prend en considération la loi romaine et fait une exception pour la prostituée. Quelle explication donne-t-il ?

Si les usuriers, les simoniaques, sont à assimiler à des voleurs, on ne peut en dire autant de la courtisane. Certes, elle pèche en exerçant son activité ; mais l'argent qu'elle reçoit pour cela est justement acquis, tout simplement parce que la loi ne lui interdit pas de le garder « illud dicitur licitum quod nulla lege prohibetur[6]. »

Pour justifier la chose, saint Thomas distingue entre la cause du gain, qui est immorale et défendue, et le gain lui-même qui n'est pas injuste ; on ne peut donc pas le dire « iniquum » comme on le fait pour celui des usuriers ou simoniaques ; c'est pour cela qu'on l'appelle

1. Dig. 12.5.4.
2. CS.IV.15.2.4.2. et 3 ; Ethique IV.5 .II.11.32.7 corp ; ST.II.11.86.3 obj. 1.
3. Texte de ST.II.11.86.3 obj. 1.
4. Gratien Di. 86.8 glose (meretricibus) « meretrix non turpiter accipit, licet turpiter meretricium facit » ; voir aussi glose de Ca. 14.5.1 (aumône faite par la prostituée) (quod vero).
5. Dig. 12.5.4.
6. CS.IV.15.2.4.2.

« turpe », en raison de sa cause[1]. Tout le raisonnement peut paraître subtil, mais il montre le souci qu'avait saint Thomas de tenir compte de la loi civile comme norme de moralité[2]. Cette solution entre d'ailleurs dans le cadre général de sa doctrine sur la prostitution[3].

L'utilisation de la loi romaine, en un tel domaine, montre bien que pour saint Thomas, la morale d'un acte dépend, en plus d'éléments individuels, de facteurs sociaux et juridiques. La loi civile en est un ; certes elle n'approuve pas la prostituée, mais elle la tolère comme un moindre mal (donc pour un bien supérieur?), et elle rend licite la conservation d'un gain, fruit cependant d'un acte immoral[4].

B. — Conflits de compétence

Saint Thomas a rencontré d'autres textes romains où la loi humaine semblait manifestement s'opposer à la morale ; sortant de sa compétence elle déclarait permis des actes intrinsèquement mauvais selon la morale aristotélico-chrétienne.

Dans les cas précédents, la loi humaine restait dans son rôle en déterminant la loi naturelle, en des points où celle-ci restait imprécise. Mais que dire des cas où le conflit était flagrant, où la loi humaine semblait outrepasser son rôle ?

a) *Les lésions du juste prix.*

Saint Thomas n'a fait que résumer une doctrine chère aux Pères de l'Eglise lorsqu'il a développé la théorie du juste prix[5]. En effet, l'esprit chrétien ne pouvait se contenter de parler de justice ou d'équité d'une façon purement théorique ; la profondeur de l'œuvre à réaliser dans le monde exigeait une application rigoureuse des principes. C'est d'ailleurs dans cette efficience qu'il a marqué sa vitalité et aussi tout ce qui le différenciait du monde païen.

1. Cette question de l'honoraire de la prostituée a suscité dans les milieux de théologiens et canonistes des débats interminables et enflammés, qui ont duré jusqu'à notre époque. Voir par exemple la longue discussion dans : BALLERINI-PALMIERI, *Opus theologicum morale*, Prati, 1890, III, pp. 484-508.

2. Il est donc abusif de s'appuyer sur l'autorité de S. Thomas pour étendre cette règle à d'autres cas que celui de la prostituée, s'ils ne sont pas réglementés par une loi. Voir les discussions de BALLERINI-PALMIERI, *op. cit.*, pp. 486 et suiv. Les juristes et canonistes anciens limitaient ce privilège aux prostituées publiques, les autres femmes ne pouvant pas acquérir le gain de leur turpitude (BALLERINI-PALMIERI, *op. cit.*, pp. 491-493). En tout cas, S. Thomas ne cite comme cas similaire que celui de l'entremetteur (*lenocinium*, dans le texte des CS.).

3. Voir : ST.II.11.10.11 cor. ; cf. aussi ST.I.11.101.3 ad 2. La justification est la même que pour la lésion du juste prix : le législateur tolère des transgressions de moindre importance, pour en éviter de plus graves (dans le cas de la prostitution, éviter la sodomie, l'adultère, dit S. Thomas, à la suite de S. Augustin).

4. Comme autres exemples d'influence de la loi civile dans l'ordre moral, on peut noter *a)* ce que dit S. Thomas (ST.II.11.68.4 ad 3) sur l'infamie de droit (après sentence) : un acte juridique peut entraîner une perte de réputation, sans qu'il y ait un péché mortel ; *b)* ce que dit S. Thomas sur le juge qui ne peut fonder sa sentence que sur les éléments fournis officiellement par le procès, et non sur une connaissance privée, quitte peut-être à condamner un innocent (ST.II.11.67.2).

5. ST.II.11.77.1.

Si donc l'idéal de justice doit envahir toute la vie humaine, il y a un domaine où sa réalisation va de soi, c'est celui des relations contractuelles. De fait, avant l'apparition du Christianisme, le droit romain n'admettait pas que le prix dans une vente doive être juste, c'est-à-dire conforme à la valeur de la chose vendue[1].

Ce dépasserait notre propos que d'exposer ici les éléments de la doctrine thomiste du juste prix ; celle-ci, utilisant les données aristotéliciennes sur la justice commutative, a présenté une synthèse rationnelle des résultats antérieurs[2] ; le droit romain y a joué son rôle, la vente-achat ayant été rattachée au *ius gentium*.

L'idée générale est que la justice naturelle, manifestée par la raison humaine, s'incarne dans les contrats, et exige donc le juste prix ; ce dernier ne peut pas alors être laissé à l'arbitraire des contractants.

Ceci étant, il n'en restait pas moins que le droit romain, même christianisé, admettait, comme légitime, une certaine lésion du juste prix (inférieure à la moitié), causée par l'acheteur ; une lésion plus importante (enormis) permettait au vendeur de recourir au juge pour obtenir soit la rescision de la vente, soit le paiement du supplément[3].

Saint Thomas connaît cette législation « secundum eas (leges civiles) licitum est emptori et venditori ut se invicem decipiant[4]. » De même il précise « sic igitur (lex humana) habet quasi licitum... si absque fraude venditor rem suam supervendat aut emptor vilius emat, nisi sit nimius excessus : quia tunc etiam lex humana cogit ad restituendum, puta si aliquis sit deceptus ultra dimidiam iusti pretii quantitatem[5]. »

Le droit canon connaissait aussi ces textes[6]. A première vue cette législation était une infraction aux principes de morale chers à saint Thomas. Il est, en effet, certain que l'acheteur qui, sciemment (même sans fraude) paie une somme inférieure au juste prix, commet une faute morale. Comment alors concilier cette exigence avec un texte embarrassant ? C'est fait en recourant à la doctrine générale de la loi humaine. Celle-ci, précise saint Thomas, ne peut pas interdire tout ce qui est opposé à la vertu ; et cela pour deux motifs : son but est de rendre les hommes meilleurs ; devant alors les prendre tels qu'ils sont, elle ne doit pas châtier tous les vices, mais seulement les plus importants ; ainsi son observation ne risque pas de décourager les plus faibles, qui pourront peu à peu se corriger. Un deuxième motif, plus juridique, est donné dans le texte de la Somme Théologique la loi humaine, visant le bien commun, doit se contenter de réprimer les vices qui tendent à détruire la société ; les autres ne tombent pas sous sa com-

1. Il semble que les textes du Code qui attribuent la réforme à Dioclétien soient interpolés (MONIER, *Manuel*, II, p. 140).

2. Sur cette doctrine, cf. SPICQ, *La Justice*, III, p. 419 ; pour un exposé plus détaillé, S. HAGENAUER, *Das « iustum pretium » bei Thomas von Aquino*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1931.

3. Cod. 4.44.2 & 8.

4. ST.II.II.77.1 ob 1 et Quodl. 11.10 ; cf. Dig. 4.4.16, par. 4 « in pretio emptio et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire ».

5. ST.II.II.77.1 ad 1 ; S. Thomas ne distingue pas de quel côté vient la lésion, et assimile le cas du vendeur à celui de l'acheteur, contrairement au droit romain.

6. Cf. glose des décrétales, X.3.17.3 (deceptione) « licitum est contrahentibus sese invicem decipere ».

pétence ; et c'est en ce sens, est-il dit, que l'on peut dire que la loi permet de telles choses, non qu'elle les approuve, mais simplement qu'elle ne les punit pas (comme par exemple, pour la prostitution).

b) *Le droit de l'accusé.*

Un problème similaire était celui du droit de défense de l'accusé la loi romaine lui reconnaissait le droit de se défendre, même par la calomnie. Comment concilier cela avec les exigences de la morale qui interdit de faire le mal pour obtenir un bien ?

Saint Thomas pose le cas : « Videtur quod accusato liceat calumniose se defendere Quia secundum iura civilia, in causa sanguinis licitum est cuilibet adversarium (var. « suum » en plus) corrumpere[1]. » La loi invoquée se rencontre dans plusieurs textes du Digeste et du Code, par exemple : « in omnibus causis, praeterquam in sanguine, qui delatorem corrupit, ex senatusconsulto pro victo habetur »[1], ou bien « non nocere ei qui adversarium corrupit[2]. »

L'explication donnée ressort de la même doctrine que précédemment : la loi humaine ne punit pas tous les actes défendus par Dieu ; elle n'exige pas la perfection, mais un minimum de vertu. Donc dans tous ces cas, dire que l'acte immoral est permis par la loi signifie simplement qu'elle le laisse impuni. Bref, la loi civile ne peut pas rendre licite un acte en soi immoral. Quand les textes semblent dire le contraire, il faut les comprendre dans le sens d'une non-approbation, d'une simple tolérance en vue du bien commun. Tout est alors concilié et l'autorité du droit romain est sauvegardée ; il n'y a qu'une opposition apparente[3].

1. ST.II.11.69.2 obj. 1.

2. Dig. 47.15.7 ; ce texte se retrouve dans Gratien Ca. 2.3.8 (fin), lequel canon 8 est cité par S. Thomas dans l'objection 2 du même article ; la dépendance est donc probable.

3. Dig. 48.21.1. Voir aussi le Code 2.4.18 (transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio non prohibitum est : in aliis autem publicis criminibus, quae *sanguinis* poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem) St. Thomas dit aussi dans son texte « in causa *sanguinis* ».

3. La même raison est donnée par S. Thomas pour expliquer une législation qui n'est pas romaine (il ne s'en est probablement pas douté) : CS.IV.37.2.1 obj. et ad 2. En effet, on peut être étonné de lire en ce passage, que la loi civile (en principe la loi romaine) remet à l'époux trompé le soin de tuer sa femme adultère : « cum enim lex commiserit viro interfectionem uxoris in actu adulterii deprehensae ». Certes, la réponse à l'objection tirée de ce texte dit bien que la loi civile n'ordonne pas au mari de le faire, mais le lui permet simplement (poenam non adhibens). Mais il n'en reste pas moins que le droit romain ne permettait pas ce crime, mais simplement l'excusait quelque peu, en diminuant la peine portée contre tout homicide (rélégation à la place de la mort) ; voir Dig. 48.5.38, par. 8 et 48.8.1, par. 5. Le paterfamilias avait le droit de tuer la femme adultère et son complice (ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum permissum est occidere, Dig. 48.5.22, par. 2). Le mari ne pouvait tuer le coupable que dans quelques cas (marito quoque adulterium uxoris suae occidere permittitur ; sed non quemlibet ; Dig. 48.5.24).

Il ne nous a pas été difficile de trouver où saint Thomas a puisé cette information. Elle se trouve dans le texte même de P. LOMBARD (*Sentences*, IV.37). Il s'agit d'un texte pontifical (transmis par Gratien : Ca. 33.2.6) qui attribue cette législation à une « mundanam legem ». S. Thomas s'en est tenu là. La glose de Barth. de Brescia sur la canon cité (inter haec) relève la chose et donne l'explication : il s'agit de la loi lombarde, et non de la romaine. Voir de même la glose sur Ca. 27.1.4 (fortassis) « non licet viro interficere adulterium... ».

c) *La prescription de mauvaise foi.*

Si les cas précédents pouvaient admettre l'interprétation que l'on a vue, il était d'autres cas où l'opposition entre l'ordre moral et l'ordre juridique n'était pas qu'apparente, et constituait un véritable conflit. C'était évidemment le cas où la loi morale avait fait l'objet d'une précision par l'Eglise et n'admettait alors aucune échappatoire.

Saint Thomas a rencontré la difficulté à propos de deux problèmes, objets de préoccupation pour les théologiens et canonistes, celui de l'usure et celui de la prescription de mauvaise foi. Voyons d'abord ce dernier, plus simple.

C'est au cours d'une question quodlibétique (probablement vers la fin de sa vie) que saint Thomas a abordé le problème[1] « lex dicit, quod qui etiam mala fide praescribit, aquirit dominium. » Il est évident que ce texte fait allusion à la « praescriptio longissi i temporis », introduite en droit romain au Bas-Empire ; simple moyen de défense, elle avait un pouvoir extinctif des actions en revendication du véritable propriétaire, et elle n'exigeait ni bonne foi, ni juste titre[2].

Saint Thomas, face à ce texte, constate de suite qu'il est opposé à la loi canonique, qui a d'ailleurs repoussé à plusieurs reprises cette législation[3]. Cette loi civile ne vaut donc pas au for de la conscience, car celui qui prescrit, sachant que la chose n'est pas sienne, commet un péché qui subsiste tant que la chose n'est pas restituée ; il s'agit donc d'un acte intrinsèquement mauvais. Mais alors comment expliquer qu'un texte de loi soit ainsi positivement en opposition avec l'enseignement de l'Eglise ?

Saint Thomas invoque la même raison que celle donnée par le législateur lui-même « pacem servare et stare inter cives, quae impediretur, si praescriptio non curreret. » Le droit canonique, au contraire, ayant en vue le bien des âmes ne peut pas faire abstraction du péché, et cette possession est donc toujours peccamineuse, non seulement en son origine, mais durant tout son cours. Cette interprétation de la loi romaine, exacte dans le fond, est la même que celle donnée par le droit canon (texte et glose) ; saint Thomas citant la Décrétale qui a réglementé la chose, y a probablement puisé l'explication.

Cependant, notre auteur marque son originalité en poussant le raisonnement plus loin, en envisageant le cas du possesseur de bonne foi qui s'aperçoit de son erreur en fin de prescription. Que doit-il faire ?

Peut-être aussi S. Thomas a-t-il été influencé par un texte de S. Augustin (*De adulteriis coniungiis*, II.15) « Postremo quaeso abs te an marito christiano liceat, vel secundam veterem Dei legem, vel Romanos, adulteram occidere » ?

1. La plupart des auteurs s'accordent actuellement à situer le quodlibet XII (où se trouve notre texte, 24, corp.) vers les années 1271-1273 (Pelster, Glorieux, Walz, Van Steenberghen) ; cf. SPIAZZI, *Introduction* à l'édition Marietti, 1949, p. IX et GRABMANN, *Die Werke*, o.c., p. 312.

2. Code 7.39 ; voir GIFFARD. *Précis*, I. p. 384.

3. Décrétales, X.II.26.5 et 20 ; par ex. glose du canon 5 (casus) « secundum leges malae fidei possessor praescribit rem alterius », voir aussi X. IV.14.8 « cum diuturnitas temporum non minuit peccatum, sed auget... », cité textuellement par S. Thomas dans CS.IV.41.1.5.1 ad 2.

Doit-il restituer la chose ? Saint Thomas répond qu'il n'est pas tenu de le faire, car n'ayant pas péché, il peut utiliser la loi. Donc pour notre auteur, si la prescription est terminée en toute bonne foi, la mauvaise foi peut survenir dans la suite, elle n'a plus d'effet possible ; car la propriété est désormais transférée de par la loi civile (loi juste, s'il y a la bonne foi au début et au cours de la prescription).

Il y avait cependant une difficulté à ce raisonnement comment expliquer que la présence de la bonne foi ait un tel effet sur la possession ? Car on conçoit difficilement que l'absence de péché puisse être une cause translative de propriété. Du moment que la loi civile était répudiée dans le premier cas (mauvaise foi), pourquoi ne l'est-elle pas dans le second (bonne foi, jusqu'à la fin de la prescription, suivie ensuite de mauvaise) ? Car comment un facteur moral, purement interne, peut-il créer un titre juridique ?

Saint Thomas répond à la difficulté dans ce dernier cas la loi punit l'ancien propriétaire pour sa négligence, et lui retire son bien pour le donner au possesseur de bonne foi.

Ce raisonnement révèle toute l'estime que saint Thomas conserve à la loi humaine ; s'il la traite de « tyrannique » lorsqu'elle permet la prescription de mauvaise foi, il lui donne par ailleurs le pouvoir de punir la faute ou la négligence de l'un, et de récompenser la bonne foi de l'autre[1]. Sans sacrifier aux principes de la morale, notre auteur a donc conscience des exigences de la loi humaine à laquelle il veut garder toute son estime[2].

d) *L'Usure*[3].

C'est à la même conclusion que nous amène l'examen de l'attitude de saint Thomas vis-à-vis de la législation romaine sur l'usure. Ce problème a préoccupé notre auteur, qui en traite à diverses reprises

1. S. Thomas ne s'est pas douté du caractère non acquisitif de cette prescription la seule dont il parle. Mais son intention n'est pas de donner un commentaire j -dique de la loi ; mais une e lication qui se situe sur le plan de la vie morale.

2. Au sujet de cette question, il y a lieu de remarquer que S. Thomas utilise souvent des termes juridiques. Mais s'il est exact de dire comme le fait Linhardt : « Thomas unterscheidet, wie das römische Recht, den Begriff des Besitzes (possessio) sehr wohl von den Begriff des Eigentums (dominium) », il faut reconnaître (et le texte de ce quodlibet en donne l'exemple) que le sens qu'il attache à ces termes n'est pas celui du droit romain. Sur le sens donné par S. Thomas aux mots : dominium, possessio, proprietas, voir SPICQ, *Notes de lexicographie philosophique médiévale : Dominium, possessio, propriechez S. Thomas et chez les juristes romains*, dans *Revue des Sciences philosophiques et théologiques*, t. XVIII, 1929, pp. 269-281. De même du même auteur, *La Justice*, II, pp. 162-163, 248-249. « Dominium » a le sens très général et actif de domination, empire ; « possessio » est une espèce de « dominium » sur les biens matériels ; « proprietas » est l'application de ce pouvoir en un cas concret. Souvent d'ailleurs ces mots sont accouplés ou mis l'un pour l'autre. En tout cas « possessio » n'est pas employé par S. Thomas pour si ifier l'état de fait que le droit romain différencie de la propriété ; S. Thomas parle alors de « occupatio, detentio ». Le sens attaché à ces termes est alors très important pour apprécier le raisonnement de notre auteur en ces matières. Comprenant les mots autrement que ne le fait le droit romain, il n'est pas étonnant qu'il recoure à des motifs qui peuvent paraître subtils, pour sauvegarder l'autorité de la loi.

3. Sur tout l'historique de la question (législation et doctrine) voir le magistral article de LE BRAS, *Usure*, dans le *Diction. de Théol. hol.*, t. XV, 1948, col. 2316-2372 (l'his-

et prend soin de citer assez exactement quelques textes de droit romain.

A l'occasion d'une question disputée à Paris (1269-1272), saint Thomas rencontre le problème : « ius civile permittit usuras »[1]. La Somme théologique consacre à ce problème toute une question « De peccato usurae[2]. »

Remarquons de suite que le mot *usure* a ici le sens classique de « prêt à intérêt » et non la signification attachée actuellement à ce terme, de taux excessif.

Saint Thomas, fidèle interprète de la tradition chrétienne condamne formellement, à la suite d'Aristote, tout intérêt quel qu'il soit, comme usuraire. En effet, « la tradition ecclésiastique lisait dans l'Ecriture et les Pères une interdiction de recevoir tout ce qui s'ajoutait au remboursement du capital prêté »[3] ; en cela, elle était d'accord avec « la condamnation absolue du prêt à intérêt d'une somme d'argent, par Aristote »[4]. Nous n'avons pas ici à faire allusion à l'historique de cette interdiction, de ses limites et de ses conséquences ; il nous faut simplement examiner l'utilisation faite par saint Thomas des textes de droit romain sur la question[5].

Tout d'abord, précisons l'emploi que fait saint Thomas des termes juridiques. « Il est à remarquer que c'est au droit romain, transmis au Moyen Age, par les Institutes de Justinien, que saint Thomas emprunte la définition précise du prêt *mutuum*. Alors que les textes bibliques, patristiques et conciliaires employaient indifféremment *fenus* ou *mutuum*, saint Thomas justifie rationnellement la nécessité de garder au *mutuum* son caractère absolument gratuit, sous peine de violer la justice[6]. » *Mutuum* s'oppose donc chez lui à *usura* ou *fenus* pris au sens d'intérêt — ou même de prêt à intérêt[7].

En droit romain le *mutuum* était le prêt à titre gratuit. De lui-même il ne produisait pas d'intérêt ; pour en obtenir il fallait lui annexer une *stipulatio* ; contrat par lequel le prêteur oblige son débiteur à un engagement quelconque[8].

Donc sur la gratuité foncière du *mutuum*, saint Thomas est d'accord avec le droit romain. Partant de cette base son raisonnement est simple : Il faut d'abord distinguer, dit-il, les choses fongibles, qui se consomment ou se détruisent par le premier usage (blé, vin, etc.), des choses non

torique va jusqu'au XVI[e] siècle) ; de même bon résumé dans SPICQ, *La Justice*, III, pp. 440-486. En particulier pour ce qui concerne la doctrine de S. Thomas voir LE BRAS, art. cit., col. 2349-2352 surtout, et Spicq, *op. cit.*, pp. 461-480.

1. Quest. disput. « De Malo » XIII, 4.

2. ST.II.II.78. Les textes romains concernant l'usure sont 19.5.24.

3. SPICQ, *op. cit.*, p. 461.

4. LE BRAS, art. cit., col. 2318.

5. Remarquer que l'opuscule *De usuris* longtemps attribué à S. Thomas n'est pas de lui ; cf. LE BRAS, art. cit., col. 2345 et GRABMANN, *Die Werke*, o.c., 2[e] éd., p. 405.

6. SPICQ, *op. cit.*, p. 462.

7. ST.I.II.105.2 ad 4 ; en ce passage S. Thomas attribue l'origine du « mutuum » à un sentiment d'amitié ; à rapprocher avec ce que dit MONIER, *Manuel*, II, p. 109 « c'est, primitivement, un prêt d'argent ou de denrées, entre amis ».

8. Cf. ce que dit S. Thomas dans le texte du De malo, cité : ...cum ergo aliquis pecuniam mutuat sub *hoc pacto*. »

fongibles qui subsistent malgré leur utilisation. Or, si pour ces dernières il est normal de séparer la substance elle-même de la chose (nue-propriété) de l'usage que l'on peut en faire, il n'en va pas de même pour les premières. En effet, pour les choses non fongibles, la nue-propriété et l'usage de la chose peuvent faire l'objet de conventions différentes ; et on peut très bien concéder à prix d'argent l'usage de la chose, tout en conservant sa nue-propriété, ou en récupérant la chose elle-même après en avoir fait payer son usage (cas du louage).

Par contre, pour les choses fongibles auxquelles saint Thomas assimile l'argent, cette séparation est impossible, puisque l'usage n'est pas autre chose que la substance elle-même de la chose (est consumptio eius) ; on ne peut pas le concéder à prix d'argent tout en récupérant celle-ci sous une forme équivalente (puisqu'elle est détruite) ce serait récupérer deux fois la chose, donc un vol[1]. Il n'y a alors aucune excuse à un tel procédé[2]. En ce cas comment expliquer de la part de la loi civile cette permission d'un acte foncièrement injuste (contra iustitiam naturalem) ?[3] Saint Thomas recourt à l'explication générale déjà donnée le prêt à intérêt est toléré par la loi comme un moindre mal, « dispensative, non quia sit iustum id fieri, sed ne communitas maius incommodum patiatur »[4]. C'est la même doctrine sur le but de la loi humaine « leges humanas dimittunt aliqua peccata impunita propter conditiones hominum imperfectorum, in quibus multae utilitates impedirentur si omnia peccata districte prohiberentur poenis adhibitis[5]. »

On ne peut guère reprocher à saint Thomas de recourir constamment à ce principe de morale sociale pour légitimer une législation civile qui paraissait opposée à celle de l'Eglise. Il ne pouvait pas soupçonner

1. Voici le texte de S. Thomas traduit par SPICQ, *op. cit.*, p. 211, « l'usage de certains objets se confond avec leur consommation ; ainsi nous consommons le vin dont nous nous servons comme boisson... Dans des échanges de cette nature on ne devra donc pas compter l'usage de la chose à part de sa réalité même ; mais du fait même que l'on concède l'usage de celle-ci à autrui, on lui cède l'objet même. Voilà pourquoi, pour des objets de ce genre, le prêt transfère la propriété.

Si donc quelqu'un voulait vendre d'une part le vin, et d'autre part son usage, il vendrait deux fois la même chose, ou mieux vendrait ce qui n'existe pas. Il commettrait donc évidemment une injustice. Pour la même raison, celui-là pécherait contre la justice qui, prêtant du vin ou du blé, exigerait deux compensations, l'une à titre de restitution équivalente à la chose elle-même, l'autre pour prix de son usage, d'où le nom d'usure » (ST.II.11.78.1 corp.). A la suite, S. Thomas applique ce raisonnement au prêt d'argent, en se basant sur la conception aristotélicienne de la monnaie. La même argumentation se retrouve au « De malo », XIII. dans le Quodlib. III, 19, dans CS.III.37.6 et l'opuscule « de decem praeceptis », 7.

2. S. Thomas connaît un emploi exceptionnel des choses fongibles dans lequel elles ne sont pas consommées : « *ad pompam et ostentationem* » ; ici l'usage est distinct de la substance, on peut donc les prêter ou les louer, c'est-à-dire vendre leur usage ; cf. ST.II.11.78.1 ad 6. Cet usage était connu du droit romain, Dig. 13.6.3, par. 6, « ad pompam vel ostentationem »...

3. DE MALO, *loc. cit.*, corp.

4. *Id.*, ad 6.

5. ST.II.11.78.1 ad 3 on retrouve cette idée, brièvement énoncée, dans un passage de la glose de Barthél. de Brescia sur Gratien, Dt. 10.1 (lex humana) à propos d'un dissentiment entre une loi de Justinien et la loi canonique » et ideo (Iustinianus) permisit hoc, ut gravia vitarentur ; sicut usuras permisit, ut vitarentur rapinae » ; voir de même la glose de Ca. 33.2.9 (adulterium) « sic ergo permittitur minus malum ut evitetur maius ».

en effet les conditions historiques qui avaient provoqué son apparition (besoin de protéger le prêteur).

Cependant saint Thomas ne s'est pas contenté de cette solution générale ; il a cherché une explication plus juridique à l'aide d'un rapprochement de textes. Pour expliquer que le prêt de choses fongibles ne peut pas donner de fruits (intérêts)[1], il fait appel à un texte des Institutes « Unde in ipso iure civili dicitur quod *res quae usu consumuntur neque ratione naturali neque civili recipiunt usumfructum*[2]. » Alors, continue l'auteur, pour pallier cet inconvénient, le Sénat a créé le quasi usufruit, ou usufruit de biens fongibles « et quod *Senatus non fecit earem rerum usumfructum, nec enim poterat ; sed quasi usumfructum constituit*, concedens scilicet usuras[3]. »

Il est évident qu'il ne s'agit là pour saint Thomas que d'une comparaison on ne peut, en effet, assimiler en tout le prêt et l'intérêt à l'usufruit et au quasi usufruit. L'utilité du rapprochement était le but qu'avait eu le Sénat en créant le quasi usufruit (favoriser le légataire) « Sed utilitas causa senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui[4]. » C'est cette utilité sociale que saint Thomas avait déjà invoqué pour légitimer l'attitude de la loi civile tolérant un moindre mal.

Tous ces textes étudiés ici ont donc été pour saint Thomas une occasion de préciser sa pensée. Mis en face des difficultés concrètes, il a été amené à réfléchir sur les exigences propres de l'ordre juridique, exigences qui ont un autre caractère que celles de la morale individuelle. Le souci de s'informer, de citer des textes pour éclairer son exposé, même si leur interprétation n'est guère technique, nous montre bien l'importance qu'il accordait à cette « auctoritas » qu'était pour lui le droit romain.

Les réflexions précédentes nous amènent alors à nous demander qu'est pour saint Thomas l'ordre juridique, et quelle est sa dignité, pour ainsi prendre soin à sauvegarder ses exigences ?

Il ne nous appartient pas d'exposer ici en détail sa doctrine sur la

1. S. Thomas connaît le terme « interesse » (Quodlib. III, 19 et De Malo, XIII, 4 ob. 14) au sens, non pas d'intérêt ou d'usure, mais d'indemnité des dommages subis par le prêteur ; ce sens est proche de celui employé par le droit romain (Code 7.47) « quod interest » au sens de valeur du dommage subi par un contractant ; cf. SPICQ, *op. cit.*, p. 337.

2. ST.II.11.78.1 ad 3, citation presque littérale de Inst. 2.4.2.

3. *Id.*

4. Texte des Inst. « nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum... Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit ». St. Thomas s'est donc tenu très proche du texte des Institutes. On trouve la même législation dans le Digeste 7.5.1 et 2.

loi et le droit ; cela sortirait de notre sujet ; nous nous en tiendrons à l'examen de citations de droit romain tirées généralement des titres *De legibus* du Digeste et du Code. Toutefois un aperçu général et rapide sur les présupposés doctrinaux de la question nous paraît indispensable pour faciliter l'interprétation de ces textes.

A. — Généralités

Pour comprendre saint Thomas, plus que pour tout autre auteur, il est nécessaire de ne jamais perdre de vue les lignes essentielles de sa synthèse, si l'on veut avoir une exacte compréhension d'une doctrine particulière[1]. Car chez lui la systématisation rationnelle est poussée si loin que toutes les parties de son œuvre ne prennent leur véritable signification que si elles sont étudiées à la lumière de l'ensemble. Cela est d'autant plus vrai que grande est l'autorité attachée au nom de saint Thomas ; doù la tentation de l'invoquer et la tirer à soi, quitte à utiliser arbitrairement l'un ou l'autre texte isolé du reste de la doctrine et interprété en fonction d'idées souvent étrangères à la pensée de l'auteur.

Toute la pensée et la doctrine du Docteur Angélique est centrée sur l'étude de Dieu et de toutes choses en relation avec Lui. C'est le cas en particulier pour l'étude de l'homme. Ses relations avec Dieu peuvent être de deux types relation de causalité (l'homme est créé par Dieu, qui est son principe) relation de finalité (l'homme retourne à Dieu, qui est le but et la fin ultime de sa vie). Cette dernière relation consiste en une orientation de l'homme vers Dieu, par la connaissance et l'amour, et se réalise par tous les actes de la vie humaine. Ceux-ci, internes comme externes, permettent à l'homme de se rapprocher ou de s'éloigner de Dieu ; ils constituent ainsi l'ordre moral.

C'est alors que se pose la question comment vient s'insérer l'ordre juridique dans cet ensemble ? L'homme, pour orienter tous ses actes vers Dieu, qu'il ne voit pas, a besoin d'une règle ou norme adaptée à sa nature, qui lui montre la voie à suivre. Cette règle, cette norme est la loi, ce terme étant pris dans son sens le plus général. Pour remplir son rôle, la loi doit être avant tout quelque chose de rationnel qui

1. Ainsi la doctrine de l'ordre juridique doit être appréciée en fonction de la philosophie morale de S. Thomas. Sur celle-ci on peut consulter les ouvrages classiques de SERTILLANGES, *La Philosophie morale de S. Thomas d'Aq.* Nouvelle édit. Paris, Aubier, 1942 ; de M. WITTMAN, *Die Ethik des hl. Thomas von Aq.*, München, Max Huber, 1933 ; et surtout de D. LOTTIN, *Principes de Morale*, 2 tomes, Paris, Desclée De Br., 1947, qui situe admirablement cette morale dans son contexte historique. Pour la philosophie du droit elle-même, outre les ouvrages déjà cités de LINHARD (*Die Sozial-Prinzipien...*) et de O. SCHILLING (*Die Staats-und Soziallehre...*) on retrouvera une bonne vue d'ensemble dans le petit ouvrage de E. di CARLO, *La filosofia giuridica e politica di San Tommaso d'Aquino*, Palerme, Palombo, 1945. Pour un exposé plus développé voir L. LACHANCE. *L'humanisme politique de S. Thomas*, Paris, Rec. Sirey, 2 vol. 1939 ; DÉLOS, *Droit, morale, mœurs*, Paris. Rec. Sirey, 1936. Des aperçus originaux sur la nature de l'ordre juridique sont donnés par F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Milan, Vita e pensiero, 1944, et par GRANERIS, *Contributo tomistici alla filosofia del diritto*, Turin, S.E.I., 1949 (un peu partial à l'encontre des juristes et du rôle de l'Etat dans l'ordre juridique). Voir aussi la note 1 de la p. 77.

adapte les moyens à la fin : « Rationis enim est ordinare ad finem. Unde relinquitur quod lex sit aliquid pertinens ad rationem[1]. » C'est donc la loi qui fournit la première mesure de la valeur d'un acte humain.

Mais alors quel est son lien avec le droit ? Celui-ci, pris aussi dans son sens général, est pour saint Thomas, l'œuvre objective que l'homme doit réaliser. La loi a pour fonction d'indiquer où est le droit, elle est « ratio iuris », modèle du droit. « Lex dirigit sicut ostendens qualis debeat esse actus proportionnatus fino ultimo[2]. »

C'est là le premier caractère de la loi. Celle-ci cependant n'est pas qu'une simple indication de la raison ; elle a un pouvoir obligatoire, contraignant. En effet, l'homme doit s'orienter vers sa fin dernière ; c'est pour cela qu'il a été créé ; or le moyen principal mis à sa disposition dans ce but étant la loi, les indications de celle-ci ne peuvent pas rester de pures indications ; elles ont pour effet immédiat de lier la volonté de l'homme, car elles ne sont elles-mêmes qu'une participation du Vouloir divin.

Le concept de loi ainsi défini s'applique aux différentes sortes de lois. La loi fondamentale est la Raison elle-même de Dieu, Providence du monde. Celle-ci se manifeste d'une manière participée dans la structure même de la Création, de la Nature lois physiques, pour les créatures non raisonnables, qui suivent la loi de Dieu de façon indéfectible, sans le savoir ; loi naturelle, inscrite au cœur de l'homme, sous forme de dictée immédiate de la raison (le bien à faire, le mal à éviter). Mais il est alors évident que cette loi naturelle, participation immédiate de la volonté divine, est pratiquement insuffisante, sa connaissance restant confuse, et risque de ne pas manifester clairement la précision immanente de la loi éternelle. En effet, la raison individuelle de l'homme n'est pas en mesure de parvenir à une connaissance complète du but et des moyens voulus par Dieu : « Ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte... Et ideo necesse est ulterius quod ratio humana procedat ad particulares quasdam legum sanctiones[3]. » La raison humaine ne connaît par elle-même que les premiers principes de la loi naturelle, qui dans leur généralité n'offrent pas une norme suffisamment précise et concrète[4].

Saint Thomas place alors dans ce besoin urgent de préciser la loi naturelle l'origine et la dignité des lois humaines. Celles-ci, du fait

1. ST.I.11.90.1 cor. Sur cette question de la loi chez S. Thomas, la littérature est abondante ; on retiendra surtout KUHLMAN, *Der Gesetzbegriff beim hl. Thomas von Aquin im Lichte des Rechtsstudium seiner Zeit*, Bonn, Hanstein, 1912 (surtout à partir de la page 108) ; D.O. LOTTIN, *Loi morale naturelle et loi positive d'après saint Thomas d'Aquin*, Louvain, 1920 ; du même : *La définition thomiste de la loi*, dans *Psychologie et morale aux XII^e et XIII^e siècles*, tome II, n° 1 ; A. STANG, *La notion de la loi dans saint Thomas*, Paris, Edit. et public. contemp., 1926, et LAVERSIN, *La Loi*, Desclée Cie, Paris, 1935. Un aperçu historique d'ensemble avec une riche bibliographie est donné par Th.E. DAVITT, *The nature of law*, S. Louis, U.S.A., Herder, 1951.

2. CS.II.41.1.1 ad 4. L'expression « ratio iuris » était courante en droit romain (Dig. I.3.14-Paul ; Dig. I.3.15-Ulpien) « in his quae contra rationem iuris » ; mais le sens est différent ; sur ratio iuris chez S. Thomas, cf. ST.II.11.57.1 ad 2 « lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris ».

3. ST.I.11.91.3 ad 1.

4. Certains préceptes de la loi naturelle ont été rappelés par Dieu dans le Décalogue et placés dans leur vrai lumière par l'Evangile.

qu'elles sont promulguées par le législateur, de soi représentant de Dieu (qu'il le sache ou non), participent de la dignité même de la loi naturelle dont elles sont des déterminations. Elles entrent par le fait dans une sphère qui n'est plus simplement humaine, mais d'ordre religieux ; c'est ce qui les rend obligatoires en conscience (car il n'y a que Dieu qui comme tel puisse lier une conscience humaine ; tout autre homme ne peut le faire que dans la mesure où il participe à l'autorité de Dieu chef religieux, ou chef civil).

Située dans cette perspective, la loi humaine revêt pour saint Thomas une dignité éminente qui est la dignité même de l'ordre juridique[1]. Ainsi « moral » ne s'oppose pas à « juridique », comme on le fait souvent aujourd'hui, n'entendant ce dernier terme que dans le sens de « coercitif ». La morale embrasse tous les actes de l'homme, internes comme externes, dans leur orientation vers la fin dernière (loi morale). La loi juridique, dans le même but, considère les actes extérieurs et sociaux de l'homme, sous un angle spécial. L'homme, étant de par sa nature un être social et politique ne peut pas parvenir à sa fin dernière en dehors de la société (soit religieuse, soit civile). Les rapports sociaux, actes forcément externes, doivent donc être réglés par les responsables de l'autorité. Cette réglementation constitue l'ordre juridique qui est partie et soutien de l'ordre moral[2], soutien non pas uniquement par

1. La loi perd cette dignité si elle perd son caractère fondamental qui est d'être rationnelle ; S. Thomas l'appelle alors une tyrannie ; elle est coupée de sa racine vitale, de sa participation à la loi naturelle. Il n'y a pas lieu de parler ici de l'éminente dignité de l'Etat chez S. Thomas ; donnons simplement l'idée générale : l'homme pour réaliser sa fin ultime est soumis à deux autorités humaines, l'une religieuse, l'autre temporelle, qui toutes deux ont pour but d'aider l'homme (par leurs moyens propres) pour atteindre le but de sa vie. Les qualités de la loi humaine rappelées dans cette étude s'appliquent donc aux lois ecclésiastiques comme aux lois civiles (avec des différences cependant en raison de la nature propre de chaque autorité).

Sur la doctrine de l'Etat chez S. Thomas, l'ouvrage fondamental est celui de O. SCHILLING, *Die Staats-und Soziallehre des hl. Thomas von Aquin*, München, Max Hüber, 1930, 2e éd., 2e partie, p. 46 et suiv., ouvrage qui ne peut pas faire oublier celui de TISCHLEDER, *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach der Lehre des hl. Thomas und seiner Schule*, München, Gladbach, 1923, ou celui de J. ZEILLER, *L'idée de l'Etat chez S. Thomas*, Paris, Alcan, 1910. Un bon exposé d'ensemble est fourni aussi par l'ouvrage de H. WIEGAND, qui s'est efforcé d'appliquer la doctrine de S. Thomas dans le monde actuel : *Die Staatslehre des Thomas von Aquin und ihre Bedeutung fur die Gegenwart*, paru dans la collection *Beiträge zur Rechts-philosophie und zur politischen Ideengeschichte*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1930. En France en dehors de quelques ouvrages de vulgarisation, et outre celui de Zeiller, on trouve un bon exposé dans le 2e volume de *L'humanisme politique de S. Thomas*, par L. LACHANCE, Paris, Rec. Sirey, 1939, pp. 746 et suiv. Malheureusement l'absence presque complète d'indications bibliographiques diminue la valeur de cet ouvrage ; en une matière délicate, objet de controverse, on ne peut pas ne pas tenir compte de la littérature antérieure et de l'aspect critique de certains problèmes, par ex. la part fournie par Aristote dans la théorie de l'Etat chez S. Thomas, problème délicat, traité par W. GEBAUER, *Die Aufnahme der Politik des Aristoteles in die naturrechtliche Begründung des Staates durch Thomas von Aquino*, Stuttgart, Kohlhammer, 1936.

Pour de plus amples détails on se reportera à l'abondante bibliographie sur S. Thomas et la politique donnée par Guido ACETI, dans la *Rivista di filosofia neoscolastica*, de juillet 1951, pages 327-329.

2. Ainsi certains textes de S. Thomas ont suscité une controverse sur la possibilité d'une certaine « amoralité du droit », idée exposée par GRANERIS, *Contributi...*, p. 51 et suiv. contre OLGIATI, *Il concetto...*, p. 218 et suiv.

une contrainte extérieure, mais surtout par une obligation qui atteint l'homme jusqu'au fond de la conscience[1].

Une des conséquences de cette doctrine est la difficulté de faire quelquefois le partage entre l'ordre juridique et l'ordre moral ; théoriquement distincts, la vie concrète les mêle intimement. Aussi saint Thomas entrelace-t-il souvent droit et morale[2], au point de créer quelquefois des difficultés d'interprétation[3].

Le rappel de ces notions générales était nécessaire pour étudier dans leur vrai contexte les citations de droit romain utilisées par saint Thomas à propos de la loi.

L'ensemble de la doctrine de saint Thomas sur la loi est d'origine avant tout aristotélicienne. L'étude du Décalogue dans le Commentaire des Sentences de P. Lombard lui a fourni l'occasion d'en jeter les premières bases ; mais c'est surtout le commentaire de l'Ethique à Nicomaque qui nous livre l'essentiel de la théorie ; celle-ci, bien systématisée sera enchassée dans la Somme Théologique, au début de la IIa pars dans l'étude des principes généraux de morale. Remarquons de suite que c'est seulement dans ce dernier ouvrage que nous voyons saint Thomas invoquer explicitement des textes de droit romain pour appuyer sa doctrine.

a) Dans l'étude générale de la loi en tant que telle, se rencontre une citation romaine qui est mise en exergue comme titre d'un article après avoir démontré, à la suite d'Aristote, que l'effet propre de toute loi est de rendre les hommes meilleurs (c'est-à-dire de les orienter vers leur fin), saint Thomas détaille cet effet en précisant en quoi il consiste « Utrum *effectus legis sint imperare, vetare, permittere et punire,* sicut Legisperitus dicit[4]. » Le texte ici invoqué est un fragment du Digeste : « Legis virtus haec est : imperare, vetare, permittere, punire[5]. »

La citation est expliquée par recours à la théorie générale des actes humains les uns sont intrinsèquement bons ; la loi les commande ; d'autres sont intrinsèquement mauvais, la loi les défend ; d'autres sont indifférents, la loi les permet. Enfin un des rôles de la loi étant d'inspirer la crainte d'un châtiment, elle doit pouvoir punir. Le droit romain

1. Ce n'est pas que S. Thomas ignore l'aspect coercitif de la loi, loin de là ; il en fait d'ailleurs un deuxième motif pour la nécessité de celle-ci : la force de la loi doit contraindre, s'il le faut, les hommes à réaliser l'ordre de la justice, qui étant quelque chose d'objectif, a ses exigences propres. Kuhlman fait remarquer à ce sujet que « S. Thomas ne parle pas de contrainte, crainte, force, peine, comme de choses caractéristiques de la loi humaine ; mais il dit simplement que l'éducation de l'homme concret exige des lois qui soient pourvues de sanctions pénales » (*op. cit.*, p. 168).

2. Par ex. la question du jugement, ST.II.11.60, du vol, *id.* II.11.66, de la fraude commerciale, *id.* II.11.77 ; voir Dom LOTTIN, *Le droit naturel chez S. Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, Beyeart, 2e édit., p. 97.

3. Sur la délicate question de l'emploi l'un pour l'autre par S. Thomas des expressions *ius naturale* et *lex naturalis*, cf. p. 103.

4. ST.I.11.92 intr. et 92.2 titre.

5. Dig. I.3.7.

a fourni ainsi à notre auteur un énoncé clair qui lui a permis de concrétiser la pensée d'Aristote.

Dans le même article une autre citation romaine, mise en opposition avec la précédente provoque de la part de saint Thomas une conciliation (par recours à une définition) : « *Lex* enim omnis *praeceptum commune est*, ut Legisconsultus dicit[1]. » Le légisconsulte est ici Papinien qui avait dit en effet « Lex est commune praeceptum[2]. » C'est sur le sens du mot *praeceptum* que porte l'opposition avec la définition précédente alors que cette dernière attribuait quatre effets à la loi, la présente n'en indique qu'un : « praeceptum » (= imperare). Saint Thomas n'a pas grande difficulté à montrer que ce dernier mot peut très bien sous-entendre les autres effets.

b) Passant à l'étude de la loi humaine elle-même, il semble normal à saint Thomas d'invoquer le droit romain, comme source doctrinale ; il le fait en particulier à l'occasion d'une énumération des qualités de la loi fournie par Isidore de Séville, énumération assez hétéroclite, dans laquelle est mis un peu d'ordre. La principale de ces qualités, celle qui tient à cœur à saint Thomas, est l'utilité de la loi elle ne doit pas être un fardeau, une charge pour les hommes, mais au contraire leur être utile. C'est alors un passage du Digeste qui est cité « Finis autem humanae legis est utilitas hominum ; sicut etiam Legisperitus dicit[3]. »

Le thème de l'utilité, si profondément aristotélicien n'est pas épuisé de suite. Il demeure à la base d'autres développements, en particulier de la question de l'épikie (ou équité). Avant d'en traiter ex professo, à la fin de la morale spéciale (IIa IIae pars), saint Thomas formule le principe général[4] l'utilité est la fin de la loi ; mais il peut se faire que dans certains cas concrets elle ne réalise pas ce but ; elle perd donc toute force d'obligation. C'est alors le texte précédent qui est ici cité avec exactitude et amené comme preuve « Unde Iurisperitus dicit quod *nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur ut quae salubriter pro utilitate* (variante salute) *hominum introducuntur, ea nos duriori* (var. duriore) *interpretatione, contra ipsorum commodum* (var. : incommodum) *perducamus ad (se)veritatem*[5]. »

c) Pour prévenir tout abus, saint Thomas a soin de préciser à plusieurs reprises que le jeu de cette équité est très limité. Il montre bien quelle est sa pensée sur ce point délicat lorsque, un peu plus loin, il redonne la même citation (cette fois avec une exactitude parfaite (« pro-

1. ST.I.II.92.2 obj. 1 ; cette citation se retrouve dans ST.I.II.96.1 ad 2.
2. Dig. I.3.1.
3. ST.I.II.95.3 corp. Le texte du Dig. auquel est fait allusion est I.3.25 « salubriter pro utilitate hominum... » ; la source immédiate semble bien être Isidore de Sév. « pro communi civium utilitate conscripta » (*Etym.* II.10).
L'interprétation de ces deux textes par S. Thomas est à rapprocher de celle de la glose ordinaire du Digeste qui commentant le passage « lex commune praeceptum » l'explique ainsi « esse commune, id est pro utilitate communi statutum ».
4. ST.I.II.96.6.
5. ST.I.II.96.6 corp. Le texte cité est Dig. I.3.25 « Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus (var. producemus) ad severitatem » (Modestinus).

tio disputata » de la même époque[1], quoique sous une forme moins précise.

Une autre conséquence du but de la loi est la nécessité de sa promulgation ; tout un article de la Somme Théologique est alors réservé à la question. Et c'est dans cet esprit que l'auteur commente un adage juridique d'origine certainement romaine « leges futuris negotiis necessitatem imponunt »[2]. Ce texte cité assez librement, de mémoire, a probablement été transmis par le droit canonique, car on le retrouve dans un passage des décrétales de Grégoire IX[3] ; de plus, il est annoncé par le simple mot « iura », sans plus, terme qui désigne, chez notre auteur, aussi bien le droit romain que le droit canon.

Enfin, en terminant l'étude de la loi, saint Thomas rappelle que l'utilité commune des citoyens exige une grande prudence dans les réformes législatives ; car il n'y a rien de tel pour ruiner le respect dû à la loi, que de la modifier souvent[4] ; il prouve cette assertion tirée du bon sens par un fragment d'Ulpien, cité avec précision « Unde dicitur a Iurisperito quod *in rebus novis constituendis, (evidens) debet esse utilitas, ut* (recte) *recedatur ab eo iure quod diu aequum visum est*[5]. » En un mot, le législateur doit comparer l'utilité de la réforme et l'inconvénient inhérent à toute modification législative.

e) Nous ne pouvons pas terminer cette question sans faire allusion à l'interprétation que saint Thomas a donnée à un texte qui touche de près la nature de la loi, et qui a toute une histoire : « *Quod placuit principi, legis habet vigorem*[6]. » Cette sentence, attribuée à Ulpien, exprime le résultat de l'évolution législative au Bas-Empire où la volonté de l'Empereur devint source unique de loi[7]. Saint Thomas interprète ce texte en fonction de sa doctrine générale, en dehors de toute préoccupation historique si la loi est avant tout une œuvre de raison, elle ne devient loi, c'est-à-dire n'acquiert sa force d'obligation, que par un acte de volonté du législateur, laquelle volonté cependant doit tou-

1. De Correctione fraterna 2. obj. 18 « leges ferentur ad ea quae saepe fiunt, non ad ea quae raro accidunt ». Cf. ST.I.11.105.2 ad 9 « id quod frequenter accidere test ».

2. La source doctrinale de l'art. est un texte de Gratien « leges instituuntur cum promulgantur » (Di. 4.2), ST.I.11.90.4 obj. 3 ; le texte romain sous-jacent serait : Code I.14.7 « leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari ».

3. X.1.2.13, citation littérale.

4. Déjà en commentant la Politique d'Aristote, S. Thomas avait fait la même réflexion : « qui facile mutat leges, quantum est de se, debilitat legis virtutem » (Po. III leç. 12 fin).

5. ST.I.11.97.2 corp., les mots entre parenthèses sont des variantes certaines éditions omettent « evidens », d'autres ajoutent « recte ». Le texte romain est : Dig. I.4.2 « in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est ». Ce texte a peut-être été connu par l'intermédiaire du droit canon ? Nous l'avons retrouvé dans la glose ord. de Bernard de Bottone sur décrétales, X.1.4.9 (vel novas) « lex dixit, quod in rebus novis constituendis evidens debet esse utilitas » ; (suit la référence précise). Kuhlmann avait déjà retrouvé ce texte dans la célèbre Somme canonique de Goffredus de Trano (Summa super titulos Decretalium, Lugduni, 1519, p. 8) (KUHLMANN, *Der Gesetzbegriff...*, *op. cit.*, p. 172, note 1).

6. Dig. I.4.31 ; Inst. I.2.6.

7. MONIER, *Manuel...*, I, p. 104. On sait toute l'utilisation que firent de ce texte les légistes médiévaux dans l'élaboration de la théorie du pouvoir royal ; voir par ex. A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Rec. Sirey, 1910, 10e édit., p. 478.

jours être réglée par la raison. Le but de la loi, en effet, n'est pas de réaliser l'arbitraire du prince mais de rendre les hommes vertueux. C'est cela, nous dit saint Thomas, qu'il faut sous-entendre en lisant la phrase « quod placuit principi ». Raison et volonté sont donc deux éléments inséparables qui doivent exister dans toute loi et présider à son élaboration. Saint Thomas a commenté ce texte à plusieurs reprises dans le même esprit, à plusieurs années d'intervalle[1].

Il faut dire aussi que par là il n'a pas fait œuvre originale dans cette interprétation ; celle-ci n'était pas chose nouvelle ; elle correspondait à toute une tradition doctrinale profonde dans le monde des juristes. Saint Thomas lui a simplement donné une justification plus rationnelle[2].

Tous ces textes montrent la haute idée qu'avait le Docteur Angélique de la loi humaine. Participation de la loi divine, elle n'a qu'un but, améliorer les hommes, en les amenant graduellement à la pratique de la vertu, comme une éducatrice. Ce rôle de la loi subsiste pleinement même lorsqu'elle punit. C'est ce que nous précise un texte assez optimiste « per hoc quod aliquis incipit assuefieri ad vitandum mala... ...propter metum poenae, perducitur quandoque ad hoc quod delectabiter et ex propria voluntate hoc faciat[3]. »

Et c'est afin de sauvegarder cet aspect punitif de la loi que saint Thomas distingue en elle une double puissance une « vis directiva » inhérente et essentielle à toute loi humaine, caractéristique qui la rapproche le plus de la loi divine (orientation des hommes vers leur fin dernière), et une « vis coactiva » qui n'est qu'accidentelle et n'entre en jeu que si la première n'a pas d'efficacité. Mais, et cela est essentiel à cette doctrine, cette dernière force de la loi, quand elle se manifeste, ne le fait jamais indépendamment de la première, pour le service duquel elle joue. Il est alors impossible, selon saint Thomas, de concevoir une catégorie de lois qui ne possèderaient que cette « vis coactiva ». Même les lois pénales doivent être conçues par la législateur comme des moyens de sauvegarder le rôle éducateur et moral de toute loi. Saint Thomas est assez réaliste pour ne pas sous-estimer la fonction punitive de la loi, mais l'idée qu'il s'en fait est assez noble pour ne pas réduire la loi à cette fonction ; celle-ci n'est alors jamais conçue comme une règle venant violenter de l'extérieur la dignité de la personne humaine ; elle est entièrement à son service, quitte quelquefois à la conduire par la force vers son bien véritable.

La richesse de cette distinction entre « vis directiva » et « vis coac-

1. *De Veritate*, 23.6. obj. 2 qui attribue l'adage au « legislator » et ST.I.II.90.1 obj. 3, au « iurisperitus».

2. Sur cette tradition voir le dernier et important volume de l'œuvre des frères CARLYLE, *A History*. . Vol. VI ; *Political Theory from* 1300 *to* 1600, mêmes éditeurs, 1936 ; par ex. p. 508 : prolongeant un courant d'idées très ancien, c'est surtout à partir du IX^e^ siècle que la loi a été conçue comme l'expression du vouloir rationnel et moral du souverain, vouloir qui ne revêt ces qualités que s'il exprime la volonté commune et finale ent la Loi divine ; de même voir pp. 521-526 : cette conception de la loi entrait d'ailleurs dans une conception plus générale des rapports entre sujets et uverains, liés par un pacte mutuel, fondement des lois qui les obligeait tous.

3. ST.I.II.92.2 ad 4.

tiva » a été exploitée par saint Thomas pour expliquer un texte délicat de droit romain, source de nombreuses controverses. Il s'agit d'un fragment d'Ulpien « Iurisperitus dicit quod *princeps legibus solutus est*[1]. » C'est en traitant de la soumission des sujets à la loi, de la notion de compétence, que notre auteur aborde la difficulté en se référant à cet extrait du Digeste. Saint Thomas ne contredit pas la citation, loin de là ; mais il lui est aisé de la concilier avec la doctrine générale grâce à la distinction susdite[2]. On peut dire, en effet, que le prince ne dépend pas de la loi, mais uniquement pour ce qui est de la « vis coactiva ». Celle-ci ne provenant que d'un acte de volonté du prince ne peut affecter qu'autrui car personne ne peut se contraindre soi-même.

Mais il en va autrement de la « vis directiva ». Celle-ci ne provient pas tant d'un acte personnel du législateur que de la volonté divine dont la loi humaine dépend ; elle n'est pas créée par le législateur, il ne fait que la manifester.

Le prince est donc soumis à la loi pour ce qui est de la « vis directiva » ; il doit donc l'exécuter, de plein gré et non contraint. Cette solution peut laisser sceptique sur la fidélité au sens primitif de ce passage, interprété dans un contexte idéologique qui le dépasse ; il n'en demeure pas moins que notre auteur manifeste le souci de respecter l'autorité de la citation. Il a d'ailleurs peut-être eu conscience de la chose, car en terminant l'article en question, il donne une autre justification du même texte, celle-ci plus juridique « est etiam princeps supra legem, inquantum, si expediens fuerit, potest legem mutare, et in ea dispensare, pro loco et tempore. »

f) A propos du prince et de la loi on peut se demander s'il y a eu une influence possible du droit romain sur la conception de l'ordre politique chez saint Thomas, question intimement liée à la précédente.

Il est d'abord un fait qui frappe le lecteur de certains écrits de cet auteur. Alors que toute idée de pacte entre le peuple et son chef est absente de la doctrine aristotélicienne[3], on la rencontre explicitement chez son disciple, par exemple au sujet de l'origine de la « civitas » « quasi quoddam pactum inter regem et populum »[4]. Cette idée de

1. ST.I.II.96.5 obj. 3 ; le texte est : ig. I.3.31 « Princeps legibus solutus est. »

2. En cette matière S. Thomas semble aussi dépendre du droit canon, dont il cite un passage qu'il harmonise avec le droit romain : il s'agit d'un texte des décrétales, X.1.2.6 ; lequel passage n'est que la reproduction d'un titre du Dig. Ce titre est : Dig. 2.2. « quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem utatur ». Quelques éditions des œuvres de S. Thomas donnent une variante intéressante après la citation du passage de la décrétale, est ajouté un texte du Code (I.14.4) « di a vox est maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri : adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est subiicere legibus principatum ». Probablement ajoutée après coup par un disciple de S. Thomas, cette citation montre que l'explication de celui-ci n'est pas étrangère à l'esprit du droit romain. Elle montre aussi que saint Thomas n'a pas eu probablement une connaissance directe du Code ; sans cela il aurait exploité le texte. Ce problème de la soumission du prince à la loi a été dans la suite l'objet de nombreuses discussions entre théologiens et canonistes (voir par ex. Suarez. De legibus. 3.35).

3. Polit. 3.9.

4. Comment. Epit. Romains, 13. leç. 1 ; sur cette idée ez S. Thomas voir O. SCHILLING, *Die Staats-und Soziallehre, op. cit.*, pp. 85-86 ; l'antiquité : R.W. et A.J. CARLYLE, *A History*, I, pp. 234 et suiv.

pacte liant bilatéralement le peuple et ses chefs était déjà sous-jacente à l'idée démosthienne de la loi transmise par Marcianus, « communis sponsio civitatis »[1], la « sponsio » étant définie « omnis stipulatio promissioque »[2]. L'idée était plus explicite chez Cicéron « quasi pactio fit inter populum et potentes ». Quand on sait toute l'influence exercée par Cicéron sur saint Thomas (voir chapitre VI) on peut supposer une dépendance doctrinale sur ce point, suggérée par la similitude des expressions[3]. Par contre, l'antiquité patristique dans son ensemble paraît avoir ignoré l'idée de pacte, la cité tirant simplement son origine de la nature humaine, donc de la volonté divine[4]. Certes, saint Augustin parle bien d'un « generale pactum societatis humanae »[5], mais le contexte montre qu'il prend le mot « pactum » au sens très large de conséquence d'une tendance naturelle. En tout cas, au XIII^e^ siècle cette idée est courante chez les juristes, qui pensent que loi et autorité ont leur racine dans le peuple, selon l'ordre de la droite raison[6]. Il est difficile de déterminer si saint Thomas a été influencé par eux plutôt que par Cicéron ; il l'a certainement été par Isidore de Séville, dont il rapporte la définition de la loi : « lex est constitutio populi, secundum quam majores natu simul cum plebibus aliquid sanxerunt[7]. » Cette idée de pacte, utile à saint Thomas comme expression du lien naturel entre le peuple et le roi, était d'ailleurs à la base de l'institution féodale et de la conception générale du pouvoir au Moyen Age[8].

En conclusion de cette étude sur l'influence du droit romain dans la doctrine de la loi de saint Thomas, nous pouvons reconnaître que les textes de droit ont certainement pesé dans le sens d'une prise de conscience plus nette des exigences et de la dignité de la loi humaine. Certes, en cette matière c'est Aristote qui a fourni la part principale, tout l'arrière-fond doctrinal[9]. Mais la gravité des problèmes posés,

1. Dig. 1.3.2.
2. Dig. 50.16.7.
3. De Republ., 3.13.23.
4. SCHILLING, *op. cit.*, p. 87.
5. Confes. 3.8.15.
6. R.W. et A.J. CARLYLE, *op. cit.*, II, pp. 56 et suiv. les juristes n'étaient pas d'accord sur le rôle à donner au peuple dans la délégation de l'autorité au prince.
7. Etymol. V.10, cf. Gratien, Décret, Di. 2.1. et ST.I.11.90.3 sed contra. Au sujet d'une question connexe à celle-ci, on a pu parler d'une origine scolastique de l'idée de contrat social, comme le fait H. REINER, dans *Rousseaus Idee des Contrat Social und die Freiheit des Staatsburger*, dans *Archiv fur Recht = u. sozial Philosophie*, 39 (1950-1951), p. 36-62.
8. Voir le dernier volume des CARLYLE, *op. cit.*, VI, pp. 508 et suiv. et 516, où il est montré la disparition progressive de cette idée, du XIV^e^ au XVI^e^ siècle, pour céder la place au prétendu droit divin des rois, conception barbare, funeste et opposée à tout l'esprit du Moyen Age (p. 517).
9. Cf. la réflexion de E. LASBAX (*La cité humaine*, Paris 1927, t. I, p. 119) citée par M. Prelot, dans sa traduction de la Politique d'Aristote (Paris, P.U.F. 1950), p. 125 : « Tandis que Platon préférait s'en tenir pour le gouvernement des Etats, à une autorité réelle et à un pouvoir personnel,... Aristote, au contraire, retire la souveraineté au prince pour la donner à la loi. La supériorité de cette dernière vient de son caractère d'impassibilité, de sa généralité surtout. » Le droit romain a certainement joué son rôle chez S. Thomas pour compléter Aristote ; ceci est la conclusion que retient Eschman, dans son compte rendu de l'ouvrage de E. WELTY (*Gemeinschaft und Einzelmensch*, Salzburg, Pustet) dans le *Bulletin thomiste*, IV-1934-1936, pp. 708-723. « Laquelle de ces deux conceptions (aristotélicienne ou romaine, de la société politique) est propre-

surtout ceux dans lesquels le bien commun était en jeu, ont orienté l'attention du Docteur Angélique vers l'autorité qui pouvait lui fournir quelques éléments de solution en de telles matières, vers le droit romain. Celui-ci, cité avec soin, souvent avec références, n'est plus alors invoqué comme une simple confirmation, mais comme l'autorité à laquelle il est normal de se référer en ces questions[1].

ment la conception thomiste ? Tout compte fait, nous n'hésitons pas pour notre part, à attribuer à S. Thomas la conception romaine, ce qui ressort moins de textes particuliers que de l'ensemble de sa doctrine philosophique et théologique », p. 710.

1. Nous ne pouvons parler ici de doctrine de S. Thomas sur la dispense de la loi et sur la coutume. Lorsqu'il en traite, il ne cite pas de textes romains. Cependant il a connu les divergences des juristes de son temps (cf. KUHLMANN, *op. cit.*, p. 181).

CHAPITRE V

LE DROIT ROMAIN, SOURCE DOCTRINALE DIRECTE

Parmi toutes les citations de droit romain parsemées dans l'œuvre de saint Thomas, un groupe bien précis attire l'attention par son importance. Non pas que ces citations soient très nombreuses, — elles ne se rapportent qu'à quelques textes du Digeste ou des Institutes, — mais leur répétition, l'insistance avec laquelle elles sont invoquées, leur contexte lui-même, nous insinuent déjà qu'elles représentaient pour saint Thomas un élément doctrinal sérieux. L'analyse précise de leur utilisation nous montrera l'importance qu'elles ont revêtue aux yeux de notre auteur et l'influence qu'elles ont eue sur des points essentiels de sa doctrine.

Saint Thomas n'a jamais eu à commenter un texte juridique, de façon officielle[1]. Cependant son œuvre immense devait l'amener à traiter de-ci de-là quelques matières où le droit se trouvait impliqué directement. Nous en avons déjà eu quelques exemples au cours des derniers chapitres. Mais il est un domaine sur lequel il s'est quelque peu étendu, et qui est capital pour notre sujet, au cœur duquel il se situe, c'est l'idée que s'est faite saint Thomas de la Justice et du Droit.

Si l'importance du sujet est évidente, l'intérêt qu'il prend pour nous vient aussi de ce fait qu'il était très délicat à traiter ; en effet, les textes de droit romain que saint Thomas pouvait connaître ne lui livraient pas une théorie toute faite sur la philosophie du droit, vis-à-vis de laquelle il n'aurait eu qu'à prendre position. Au contraire, sur ce sujet les matériaux qu'il pouvait utiliser consistaient en quelques textes disparates, sur lesquels théologiens et juristes antérieurs s'étaient déjà penchés et qui se trouvaient par là chargés de significations assez diverses. Ces textes étaient d'ailleurs rares. « Il ne faut pas s'étonner de voir que la compilation de Justinien n'ait gardé que des traces assez rares des opinions des jurisconsultes antérieurs sur les questions de philosophie du droit car le but essentiellement pratique du Corpus Juris menait de même à la suppression de la plupart des dissertations

1. Exception faite pour deux décrétales ; mais la brièveté du commentaire ne permet guère de les prendre en considération.

théoriques[1]. » D'ailleurs « les idées des philosophes (de l'antiquité) sur les questions fondamentales de la philosophie du droit n'étaient pas complètes, ni toujours claires et conséquentes ; on ne s'étonnera pas de voir que les conceptions des juristes étaient encore plus défectueuses »[2].

Disons de suite aussi que nous n'avons pas l'intention d'exposer les éléments de la philosophie du droit chez saint Thomas ; cela dépasserait le but de notre travail ; nous nous attacherons simplement à discerner la nature et l'importance de l'influence exercée par le droit romain en ces matières sur la doctrine du Docteur Angélique.

A. — La philosophie du droit et les text

On connaît l'influence primordiale de la philosophie aristotélicienne sur la pensée de saint Thomas. L'œuvre de celui-ci a principalement tendu vers ce but expliquer les dogmes de la foi à l'aide des principes rationnels fournis par le philosophe de Stagyre. L' « entrée » d'Aristote dans le domaine théologique a été l'élément constitutif de la révolution intellectuelle du XIII^e^ siècle à laquelle le nom de saint Thomas restera toujours attaché. Or il est un fait curieux : en une matière théologique importante, le traité des vertus morales — la justice surtout —, Aristote a eu un concurrent sérieux qui souvent lui a été préféré : Cicéron. Lorsqu'on sait toute l'importance que représente ce traité dans l'étude des moyens d'opérer le « retour à Dieu », objet de la IIa pars de la Somme Théologique, on ne peut qu'être frappé de cette indépendance de saint Thomas vis-à-vis de son maître en une matière si rationnelle. Ce faisant, saint Thomas suivait une tradition respectable. En effet, les Pères de l'Eglise avaient adopté l'exposé de Cicéron sur la vertu de justice, pour ce qui est de l'essentiel tout au moins, au point que la définition que le grand orateur en avait donné était devenue, après saint Augustin et saint Ambroise, un lieu commun de la philosophie ou théologie morale.

A s'en tenir au Commentaire des Sentences de P. Lombard, on pourrait à la rigueur comprendre ce souci de fidélité à la tradition ; saint Thomas n'avait pas encore commenté l'Ethique à Nicomaque d'Aristote où la vertu de justice occupe tout le V^e^ livre. Or, même après ce commentaire la Somme Théologique garde cette même faveur pour le jurisconsulte romain.

1. P.N. KAMPHUISEN, *L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains*, dans *Revue historique du droit français et étranger*, 1932, pp. 389-412 ; ici, p. 400.

2. *Id.*, p. 411 ; de même « on peut retrouver dans les textes juridiques, les mêmes idées, même les mêmes divergences de conceptions, que nous avons retracées d'après les œuvres des stoïciens et des Pères de l'Eglise. Les jurisconsultes, comme les philosophes, étaient d'opinion que Dieu a donné à l'homme la connaissance de quelques principes généraux de droit qui sont enracinés dans la nature de l'homme, et auxquels il est tenu d'obéir par sa nature même ».

Mais nouvelle preuve d'indépendance et d'originalité, lorsque saint Thomas veut définir cette vertu de façon officielle, il délaisse Cicéron pour recourir au droit romain directement ; la définition d'Ulpien devient alors le titre même et l'objet d'un article de la Somme Théologique « Utrum convenienter definiatur quod *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuens*[1]. » Toutefois dans la suite de l'étude de la justice, c'est tout l'arrière fond doctrinal aristotélicien qui revient. Aristote, délaissé comme autorité officielle, reprend sa place comme pourvoyeur du contexte rationnel dans lequel la définition du juriste est insérée[2].

Nous nous trouvons là en face d'une attitude fréquente chez saint Thomas et souvent peu remarquée. Aristote est pour lui le maître de pensée, la source des justifications rationnelles ; mais son langage, exprimé souvent en une traduction latine défectueuse, manquait peut-être de cette claire fermeté, de cette concision lapidaire qu'affectionne saint Thomas, et qui lui fera tant apprécier les formules des juristes. Après avoir mis cette définition en exergue, notre auteur la commente, la justifie selon son procédé habituel, en la faisant entrer dans le cadre conceptuel hérité d'Aristote. Le texte romain n'est pas commenté pour lui-même — c'est une préoccupation que n'a pas l'auteur, — il fournit simplement une définition idéale. Il est adopté non comme un souvenir du passé, mais comme un texte vivant auquel on fait dire des choses nouvelles, contenues cependant en germe[3].

Aussi saint Thomas termine-t-il son commentaire par une remarque typique dans cette définition, à la place du mot « voluntas » (= vestige stoïcien), mettons le mot « habitus » (élément aristotélicien), et nous avons alors une « completa definitio iustitiae » ; celle-ci sera alors substantiellement la même que celle donnée par Aristote, recon-

1. ST.II.11.58.1 titre. Au début de l'article, la définition est attribuée à « iurisperitis ».

Le texte romain est : Dig. I.1.10 « iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi », les Institutes la rapportent avec « tribuens » au lieu de « tribuendi » I.1.1. Sur cette différence voir SENN, *De la Justice et du droit*, Paris, Rec. Sirey, 1927, ici p. 2, note 1.

En donnant cette définition, S. Thomas emploie constamment la forme « unicuique » pour « cuique », au point de l'introduire dans la citation d'un texte de S. Ambroise qui ne la comporte pas (ST.II.11.58.11 sed c.). Cette forme est rare dans les textes romains ; on la rencontre ainsi dans un passage de la *Rhetorica ad C. Herrenium* (attribuée à Cicéron), 3.2.3 « iustitia est aequitas ius unicuique re tribuens »... (texte dans SENN, *op. cit.*, p. 34, note 3). S. Thomas l'a probablement prise dans les textes canoniques ; voir par ex. glose de X.5.40.10 au mot « Iustitia ».

2. SENN, *op. cit.*, p. 52-53.

3. Il ne faut pas s'exagérer la différence entre le milieu philosophique stoïcien, d'où est sortie la définition d'Ulpien et le contexte aristotélicien dans lequel S. Thomas l'utilise. Si le stoïcisme s'est écarté d'Aristote sur la nature et le rôle de la vertu dans la vie humaine, il lui est demeuré assez fidèle dans la définition de la justice, surtout sous la forme que la philosophie du Portique a prise dans l'éclectisme de Cicéron (qui sur ce point dépend beaucoup d'Aristote). S. Thomas recevant cette formule à travers le stoïcisme chrétien ne commet donc pas une grosse infidélité en essayant d'y retrouver la pensée d'Aristote. Sur Aristote et le Stoïcisme cf. A. RIVAUD, *Histoire de la philosophie*, Paris, P.U.F., t. I, pp. 301-496. Sur la morale de Cicéron, L. MAHIEU, *Cicéron moraliste, son information et ses idées*, dans *Mélanges de Science religieuse*, 1948, I, pp. 89-108. Sur le stoïcisme au Moyen Age, cf. BARTH-GOEDECKEMEYER, *Die Stoa*, Stuttgart, Fromman, 1947, 5e partie.

naît saint Thomas, comme pour vouloir s'excuser de cette infidélité au maître en une matière importante[1].

Toute vertu a un objet ; celui de la justice est le droit. Mais comment définir le droit ? Les textes romains n'offraient ici aucune formule utilisable. En effet, saint Thomas, dans la ligne de sa philosophie réaliste, ne veut pas définir le droit, comme le pouvoir moral d'agir ou d'exiger quelque chose ou même comme l'ensemble des règles juridiques. Pour exprimer la pensée d'Aristote il recourt à une source du droit romain quelque peu détournée, à Isidore de Séville : « ius dictum est quia iustum ». Le droit est ce que recherche la justice[2], c'est-à-dire une certaine égalité proportionnelle non plus entre deux êtres, mais entre la chose extérieure que nous devons et la personne extérieure à laquelle nous devons[3].

Ce sens objectif et réaliste étant posé comme base, saint Thomas est alors à l'aise pour utiliser d'autres définitions du droit fournies par le Digeste « Dicit enim *Celsus* iurisconsultus quod *ius est ars boni et aequi*[4]. » Ensuite il est précisé que le terme « ius » a été appelé à désigner d'autres réalités « et ulterius *ad significandum locum in quo ius redditur*... et ulterius dicitur etiam *ius quod redditur* ab eo ad cuius officium pertinet iustitiam facere, licet etiam *id quod decernit sit iniquum*[5]. »

Ces textes sont l'exemple d'un procédé d'interprétation souvent utilisé par saint Thomas. Il s'agit de rattacher rationnellement ces diverses définitions à celle de base, de droit objectif. La dialectique, hérité d'Abélard, en fournit le moyen[6] c'est l'usage alors qui est invoqué comme la source de ces divers emplois d'un même mot, usage qui aurait peu à peu détourné le mot « ius » de son acception première « consuetum est quod nomina a sui prima impositione detorqueantur ad alia significanda. »

Nous avons là un cas d'essais si fréquents d'harmonisation de données disparates, d' « auctoritates » d'origines diverses, à l'aide des règles de la dialectique médiévale[7].

Du fait que dans cet article saint Thomas ne parle pas des autres sens du mot *ius*, bien des commentateurs ont prétendu que saint Thomas n'avait jamais utilisé ce terme pour désigner soit la loi, soit le pouvoir subjectif moral de faire ou d'exiger quelque chose. Mais la lecture

1. S. Thomas a cité cette définition deux autres fois CS.IV.33.3.1 ad 3, *De Veritate*, 1.5. ad 13, mais dans un but secondaire, pour confirmer le caractère perpétuel (pertua voluntas) de la vertu et de la vérité éternelle. Dans ces deux passages la citation est annoncée par « in principio Digestorum ».

2. SENN, *op. cit.*, p. 52 ; voir aussi L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, Paris, Rec. Sirey, 1932.

3. SENN, *De la Justice*, p. 52.

4. ST.II.11.57.1 ob. 1. Le texte romain est ig. I.1.1. « ius est ars boni et aequi ». Cette définition se retrouve deux autres fois dans les œuvres de S. Thomas CS.III. 37.3. sed contra 2 « sicut Celsus dixit, ius est ars aequi et boni » ; CS.IV.42.2.1 cor. « ius positivum, quod est ars boni et aequi ». Ces deux utilisations sont secondaires, confirmatives.

5. ST.II.11.57.1 ad 1. Le texte est : Dig. I.1.11 « praetor quoque ius reddere dicitur. etiam cum inique decernit... alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur »

6. CHENU, *Introduction*, p. 118.

7. Cf. plus haut, p. 18.

attentive des œuvres de notre auteur révèle le contraire ; s'il ne traite pas ex professo de ces acceptions du mot *ius*, si courantes aujourd'hui, il ne les ignore pas et les emploie de temps à autre[1].

D'abord pour ce qui est du sens normatif (droit = loi), il suffit de rappeler les très nombreuses fois où saint Thomas annonce une citation juridique par : « ut iura dicunt ».

Pour ce qui est du sens subjectif (droit = pouvoir), saint Thomas l'utilise en des matières très diverses : « ius contradicendi », « ius dominii » ; « ius possidendi », « ius in homine », « ius accipiendi », « ius accedendi », « ius successionis », « ius petendi », « ius exigendi », etc[2]...

Il aurait été étonnant que saint Thomas, qui a largement utilisé les sources juridiques, n'ait pas été influencé par le langage courant en ces matières. Il n'a pas jugé bon de donner de ce sens une définition spéciale, elle ne lui aura pas paru utile ; mais il n'en existe pas moins chez lui. Pour avoir une idée de l'influence d'une doctrine sur un auteur, il ne suffit pas de l'étudier là où il en traite ex professo, mais aussi dans l'utilisation spontanée qu'il en fait, ne serait-ce que dans le vocabulaire courant.

Nous abordons ici un des points principaux de l'enquête, objet de notre étude. C'est un domaine dans lequel l'utilisation du droit romain par saint Thomas se révèle de type vraiment doctrinal. Les textes de droit n'ont pas seulement fourni une formulation claire et précise d'une pensée qui leur était étrangère, mais nous croyons qu'une partie du contenu même de celle-ci a été directement influencée par eux.

Le concept de droit naturel chez saint Thomas a été bien étudié sous ses divers aspects, sa genèse et ses éléments constitutifs[3]. Toute-

1. Pour toute cette question voir l'excellente mise au point de H. HERING, o.p. *e iure subjective sumpto apud S. Thomas*, dans *Angelicum*, 1935, pp. 295-297. Les auteurs qui nient l'emploi du sens subjectif de *ius* chez S. Thomas sont énumérés par Hering (Lottin, Lachance, Spicq).

2. Voici quelques exemples : « qui ius contradicendi non habet » (ST.I.11.58.2) ; « quasi ut habeat ius possidendi totum thesaurum » (ST.II.11.66.5 ad 2) ; « ius accipiendi decimas spirituale est » (ST.II.11.87.3) ; « Diabolus nullum ius in homine habebat » (ST.III. 46.3 obj. 3) ; « unde et accipit ius accedendi ad mensam domini » (ST.III.67.2) ; « sed inquant i est extraneus a iure successionis in bonis adopt tis » (CS.IV.42.2.1 ad 7) ; « mulier non habet ius plus petendi » (CS.IV.32.1.1 ad 3) ; « non tamen remittit ius exigendi decimas » (Quodlibet II, 8). On trouvera d'autres exemples donnés par Hering, qui prouvent abondamment l'emploi par saint Thomas du mot droit dans le sens de pouvoir moral, subjectif ; il n'en demeure pas moins cependant que lorsque S. Thomas parle de « ius », sans aucune spécification, ou de façon officielle, il l'entend alors au sens objectif.

3. La littérature sur la question est abondante ; qu'il nous suffise de citer les principales études qui ont contribué à éclairer le problème : Dom O. LOTTIN, *Le droit naturel chez S. Thomas et ses prédécesseurs*, Bruges, Beyaert, 2e édit. 1931 ; GRABMANN, *Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin*, paru dans *Archiv fur Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XVI, 1922-1923 ; O. SCHILLING, *Die Staats-und Soziallehre des hl. Thomas von Aquin*, 2e éd. München, M. Hüber, 1930, p. 5 et suiv. ; en dehors de toute préoccupation historique on trouve un exposé doctrinal détaillé dans G. MANSER, *Das Naturrecht in thomistischer Beleuchtung*, Freiburg, Schweiz, 1945, et J. FUNK, *De iure naturali transcendente ius positivum* (thèse), Haldenkirchen, 1947.

fois, les rapports entre cette doctrine et le droit romain, s'ils ont été signalés quelquefois[1], n'ont pas fait l'objet d'un examen spécial.

Saint Thomas a hérité de tout un passé doctrinal, qu'il lui fallait assimiler. Si l'on veut y discerner la nature de l'apport romain, il est indispensable de rappeler brièvement quels sont les éléments divers inclus et mêlés dans ce legs. Ils peuvent se rattacher à deux traditions de nature différente, aux origines peut-être communes, dont l'histoire souvent complexe révèle les interactions, pour aboutir aux essais de synthèse du Moyen Age[2].

A – *La Tradition Juridique.*

a) La spéculation grecque s'était complue à l'idée d'une loi commune et universelle, conforme à la nature[3] ; elle l'avait fait avec bien des nuances d'écoles dont les principales furent celles du Stoïcisme et d'Aristote[4]. Celui-ci distinguait la loi commune, naturelle, de la loi particulière ; de même il divisait le droit politique (celui de l'homme civilisé) en droit naturel, valable en tous lieux, et en droit légal, fondé sur une loi ou convention[5].

b) Cet enseignement s'est transmis aux Romains, qui l'ont développé, précisé et surtout appliqué dans le domaine juridique ; ainsi il se retrouve soit dans l'éclectisme élégant de Cicéron[6], soit dans bien des formules des jurisconsultes rassemblées dans les compilations justiniennes.

Ainsi de la simple lecture du Digeste, telle que pouvait la faire un théologien médiéval, en dehors de toute préoccupation critique, il se dégage les classifications suivantes des sources du droit

I. Une classification bipartite, celle de Gaius[7]

1° *ius gentium* = ensemble de règles respectées par tous les peuples et établi par l'ordre naturel des choses (ratio naturalis) ; il s'agit donc d'un véritable droit naturel ;

2° *ius civile* = droit propre à chaque civitas.

1. Par ex. D. LOTTIN, *op. cit.*, p. 62. O. SCHILLING, *op. cit.*, p. 86 suiv.

2. La rapide esquisse de ces deux traditions faite ici doit beaucoup aux conseils airés de M. Michel Villey.

3. Sur cette idée, voir SENN, *op. cit.*, p. 57 et suiv.

4. Cf. aussi ce qui a été dit à la note 3, p. 1894.

5. Sur la loi commune et la loi particulière chez Aristote, cf. Rhétor. I, 13, 2 (. Rômer, Leipzig, 1899) νόμον τὸν μὲν ἴδιον τὸν δὲ κοινόν... ; sur la division du droit, cf. Ethic. Nicom. 5.7, 1 (éd. Susemihl-Apelt, Leipzig, 1903) τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαιόν τὸ μὲν φυσικόν ἐστι τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐ `ν ἔχον δύναμιν. καί οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μή, νομικὸν δὲ ὃ ἐξ ἀρχῆς μέν οὐδὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ᾽ταν δὲ θῶνται, διαφέρει.

6. Nombreux textes transcrits par SENN, *op. cit.*, p. 61, 67, 68, etc...

7. Dig. I.1.9 Quod vero naturalis ratio inter omnes homines, constituit, id apud omnes perneque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur... Ius civile quasi ius proprium ipsius civitatis.

II. Deux divisions tripartites, portant la marque du stoïcisme, et d'un caractère plus moral que juridique.

1° Celle attribuée à Ulpien[1] qui distingue
   a) ius naturale = droit commun à l'homme et aux animaux ;
   b) ius gentium = droit essentiellement humain ;
   c) ius civile = droit propre à la cité[2].

2° Celle d'Hermogénien, qui se situe surtout sur un plan historique :
   a) ius naturale = droit primitif, en référence à un âge ignorant la guerre, la propriété ;
   b) ius gentium = droit actuel, par lequel ont été introduits la propriété privée, l'esclavage, la guerre, les contrats, etc[3] ;
   c) ius civile = droit de la cité.

On peut constater que dans ces deux divisions tripartites, le ius naturale a perdu toute importance pratique pour des juristes, relégué qu'il est soit sur un plan philosophique théorique (Ulpien), soit sur un plan historique dépassé (Hermogénien). Cette remarque ne doit pas être oubliée si l'on veut juger la tentative de saint Thomas d'incorporer dans sa synthèse ce courant doctrinal.

Largement utilisée par l'une ou l'autre tradition, se rencontre souvent une autre définition du droit naturel, celle de Cicéron ; sa généralité lui donnait un accueil facile « natura ius est, quod non opinio genuit ; sed quaedam innata vis inseruit.[4] » Saint Thomas l'a toujours eu devant les yeux.

D'avance on peut donc déà reconnaître un certain mérite à la pensée scolastique d'avoir voulu unifier une tradition aux éléments complexes, dont elle n'a pas soupçonné d'ailleurs les origines historiques[5].

1. Beaucoup d'auteurs estiment que cette attribution est le fait d'une interpolation ONIER, *Manuel*, I, 6 ; SENN, *op. cit.*, 66 n. 1). Dans la suite de cette étude, nous plaçant uniquement du point de vue de S. Thomas, nous ferons abstraction de cette discussion moderne et continuerons à attribuer à Ulpien cette définition du droit naturel.

2. Dig. I.1.1.3 : *Ius naturale* est quod natura omnia animalia docuit, nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium... Hinc descendit maris atque foeminae coniunctio,... liberorum procreatio, hinc educatio... (cf. Inst. I.2) *Ius gentium* est quo gentes humanae utuntur,... solis hominibus inter se commune... (Dig. I.1.1.4). Sur le *ius civile* appelé ius proprium, cf. Dig. I.1.6.

3. Dig. I.1.5 : Ex hoc iure gentium introducta bella, regna condita, dominia distinucta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam quae a iure civili introductae sunt...

4. De invent. rhetor. II.53.161 ; commentaire de ces textes dans SENN, *op. cit.*, p. 21, 67. Cicéron parle aussi du ius gentium en termes obscurs, susceptibles d'interprétations diverses.

5. L'origine et la formation de ces notions ainsi que leur contenu posent un problème historique délicat.

Pour une idée générale voir : SENN, *De la justice et du droit*, Paris, Rec. Sirey, 1927, pp. 57 et suiv.

a) Pour le « ius naturale » d'Ulpien, ses origines cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Naples, 1946, p. 28 et suiv., et surtout les articles de J. GAUDEMET, *La doctrine des sources du droit dans le décret de Gratien*, dans *Revue de droit canonique*, 1951, pp. 21-23, qui indique l'état actuel de la question (avec bibliographie récente), et qui conclut au « peu d'importance de cette notion antérieurement aux compilations justiniennes » (p. 22), et *Quelques remarques sur le Droit naturel à Rome*, dans *Revue internat. des Droits de l'Antiq.*, 1952, p. 445 et suiv., et celui important de M. VILLEY, *Deux conceptions du Droit naturel dans l'Antiquité*, dans *Revue hist. du Droit fr. et étr.*, 1953, p. 475 et suiv. Signalons enfin deux ouvrages récents que nous n'avons

c) Isidore de Séville, témoin d'une tradition romaine étrangère aux compilations justiniennes, donne la division tripartite *(ius naturale, ius gentium, ius civile),* mais avec un contenu quelque peu différent de celui des textes du Digeste. Ainsi son *ius naturale,* s'il est défini sans aucune allusion à une communauté avec les animaux, reste un droit humain, de type idéal, essentiellement juste, commun à tous les peuples ; son contenu réunit les deux conceptions d'Ulpien et d'Hermogénien ; il porte à la fois sur le mariage, l'éducation des enfants, et concerne aussi un communisme originel, un âge où les hommes étaient libres, loyaux, etc., conception historique d'un droit naturel primitif. Son *ius gentium* comprend essentiellement les institutions en usage dans presque tous les peuples, qu'elles soient conformes ou non au droit naturel[1].

pu utiliser : R. VOGGENSPERGER, *Der Begriff des « Ius Naturale » im römischen Recht.*, Bâle, 1952 et F. FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechtes, I-Altertum und Frühmittelalter*: Zollikon et Zurich, 1954. Sur le livre de VOGGENSPERGER, voir addenda n° 1. p. 122.

b) Pour ce qui est du « ius gentium », la controverse est plus sérieuse ; donnons-en un bref résumé.

Pour l'ensemble de la question voir : ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano,* Naples, 1947, 5° éd., pp. 145 et suiv.

Les auteurs modernes reconnaissent au terme *ius gentium* deux si ifications principales:

1° ensemble des lois et institutions qui primitivement réglaient les rapports, soit entre les pérégrins et les citoyens romains, soit entre les pérégrins des divers pays, et qui peu à peu fut applicable à Rome pour tous les hommes libres, citoyens romains ou non, ayant surtout comme objet le droit commercial ;

2° ensemble de lois et institutions communes à tous les peuples, ayant comme base la « naturalis ratio ». On voit généralement dans cette acception le résultat de la spéculation philosophique « Nata sul terreno storico, l'antitesi fra ius civile e ius gentium fu fatta propria dalla speculazione dottrinale ; e questa l'applicó talvota non ai soli istituti sorti dal commercio internazionale, ma a tutti quelli che vigevano, oltre che presso i romani, presso tutti i popoli giunti ad un certi stadio di civiltà » (ARANGIO-RUIZ, *Storia,...* p. 145).

Ces interprétations du ius gentium ont été récemment contredites par G. LOMBARDI (*Sul concetto di « ius gentium »,* Roma, Istituto diritto romano, 1947) : sans nier l'existence des lois et institutions désignées dans le premier ensemble, cet auteur nie qu'elles aient été désignées par le terme générique de « ius gentium » ; « La espressione ius gentium, e il concetto che da questo è rappresentato, siano sorti affato independentamente dal complesso delle norme e degli istituti relativi ai rapporti commerciali di Roma... La espressione ius gentium è sorta, nel linguaggio corrente degli ultimi secoli della republica, a rappresentare il diritto, la norme che vige presso tutti i popoli, independentamente da ogni aspetto di internazionalità » (pp. 17-18). On trouvera de plus dans cet ouvrage la bibliographie récente sur la question.

C'est un peu la même idée qui est développée par F. SCHWIRD dans *Römisches Recht,* tome I^er^, *Geschichte, Rechtgang, System des Privatrechtes,* XX, 410 p., Wien, Springer, 1950 ; l'auteur voit dans le *ius gentium* le droit qui s'est développé à Rome même, par opposition au *ius civile,* qui ne pouvait pas être utilisé par les non-Romains (p. 49).

Nous avons jugé utile de rappeler ces données, vu les utilisations très variées qu'aura le terme « ius gentium » dans la suite des siècles, jusqu'à l'époque moderne. Pour bien juger la position de S. Thomas il est nécessaire de préciser que ce terme sera employé dans le haut Moyen Age dans le sens d'un droit international public (nous le verrons à propos de Isidore de Séville). Sur cet emploi voir l'ouvrage fondamental de PARADISI, *Storia del diritto internazionale nel medio evo,* Milano, 1940, ainsi que celui de O. Schilling, déjà cité, p. 18 et suiv.

1. Texte dans Etymol. V.4.1-2 (ius naturale), et V.6.1 (ius gentium), reproduit par SENN, *op. cit.* 84, ou D. LOTTIN, *Le droit naturel...,* 10.

Sur la dépendance d'Isidore vis-à-vis du droit romain, voir les indications générales données par D.P. SÉJOURNÉ, *S. Isidore de Séville, son rôle dans l'histoire du droit canonique,* Paris, Beauchesne, 1929 (bibliographie à compléter par Van HOVE, *Prolegomena,* Mechliniae, Dessain, 1945, p. 413). Mais surtout on trouvera un exposé critique, prolongeant les travaux de Dirksen et Kübler, dans l'art. déjà cité de J. GAUDEMET, *La doctrine des sources,* p. 14-21 : « Isidore prend son bien chez les juristes romains et de préférence dans des œuvres sommaires et tardives. Le droit qu'il connaît, c'est un droit classique, parfois modifié par les idées du Bas-Empire » (p. 20).

d) Les Glossateurs du droit romain sont les témoins de cette tradition juridique au Moyen Age ; par là ils contribuent à son rapprochement avec l'autre courant, de nature patristique et théologique ; d'ailleurs certains, influencés par lui, voient facilement dans le « ius naturale » un droit moral[1].

Néanmoins c'est la définition d'Ulpien qui est officiellement adoptée par la « legistica traditio[2] », et c'est la seule que saint Thomas aura en vue lorsqu'il tiendra compte de la définition du droit naturel par les juristes de son temps[3]. Quant au *ius gentium*, son contenu fait l'objet de bien des nuances d'opinions, que l'on retrouve exposées dans la glose d'Accurse[4].

B – *La tradition patristique et théologique.*

a) Selon cette tradition la loi naturelle est avant tout conçue dans un sens moral, celui de loi inscrite dans la conscience de tout homme. Peut-être n'est-il pas déplacé de la rattacher historiquement à la vieille idée stoïcienne d'une loi commune, universelle, conforme à la nature ?[5]

En tout cas, en tant que tradition chrétienne, son origine remonte au fameux texte de saint Paul, dans son Epître aux Romains, où il parle d'une loi naturelle inscrite dans le cœur des Païens[6]. Cela dépasserait le cadre de cette étude que de suivre chez les Pères de l'Eglise[7] le sort et la transmission de cette doctrine, qui chez saint Augustin en particulier prit une certaine importance[8]. Souvent d'ailleurs on la retrouve, teintée de stoïcisme, sous la forme d'un droit naturel déchu, obnubilé par le péché originel.

b) Et c'est justement sous cette dernière forme que l'idée de loi

1. Idée générale dans ONCLIN, *Le droit naturel selon les Romanistes des XII^e et XIII^e siècles*, dans *Miscellanea Janssens*, p. 329-338.

2. Cf. glose de Faventinus « Hoc autem ius (naturale) legistica traditio generalissime definit dicens : ius naturalle est quod natura omnia animalia docuit » ; texte dans ULLMAN, *Medieval Papalism*, London, 1949, p. 40.

Certains juristes médiévaux donnaient au droit naturel (d'Ulpien) l'appellation « secundum motum sensualitatis », opposée à « secundum motum rationis » du ius gentium.

3. Cf. p. 99, n. 2.

4. Dig. I.1.2 ; cf. SCHILLING, *op. cit.*, p. 12-13. Certains juristes voyaient d'ailleurs dans le ius gentium un droit obnubilé par le péché originel (union des deux traditions).

5. On sait par ex. l'accueil enthousiaste fait par Lactance au texte de Cicéron sur la loi naturelle (SENN, *op. cit.*, 62).

6. Ad Rom. 2. 14-15, sur ce passage voir commentaire de LAGRANGE, *S. Paul, Epître aux Romains*, Paris, Gabalda, 1916, p. 48-50. Sur la doctrine paulinienne de la loi naturelle voir QUIRMBACH, *Die Lehre des hl. Paulus von der natürlichen Gotteserkenntnis und dem natürl. Sittengesetz*, Freiburg Br. Herder, 1906, p. 50 et suiv., ainsi que les études plus récentes mais aussi plus générales, de C. MAURER, *Die Gesetzlehre des Paulus nach ihrer Ursprung und in ihrer Entfaltung dargelegt*, Zollikon, Zurich, 1941, et de P. BLASER, *Das Gesetz bei Paulus*, Münster-Westf. 1941.

Il n'y a pas lieu de faire remonter cette doctrine au texte de Jérémie, 31, 33 « je mettrai ma loi au-dedans d'eux et je l'écrirai en leur cœur », texte reproduit par l'Epître aux Hébreux, 8, 10; ce texte ne se rapporte pas à la loi naturelle, mais concerne uniquement le caractère intérieur de la loi de la nouvelle alliance (cf. BONSIRVEN, *S. Paul Epître aux Hébreux*, Paris, Beauchesne, 1943, p. 367-372).

7. Sur les interprétations diverses du texte de S. Paul par les Pères, voir les indications générales données par CORNELY, *Commentar. in S. Pauli Ap. epistolas*, I, *Epist. ad Rom.* Paris, Lethielleux, 1896, p. 132-142.

8. S. Augustin parle d'une « lex gentium », cf. SCHILLING, *op. cit.*, 331. Sur sa doctrine de la loi, cf. ROLLAND-GOSSELIN, *La morale de S. Augustin*, Paris, 1925, p. 21 et suiv.

naturelle apparaît dans la théologie médiévale du XII^e siècle, divulguée par l'école d'Anselme de Laon ; Hugues de saint Victor la résume ainsi : fais (ou ne fais pas) à autrui ce que tu voudrais (ou ne voudrais pas) qu'on te fit. Abélard, reprenant l'idée de Cicéron, essaie bien de la définir en dehors d'un contexte historique ; mais l'attention des théologiens est ailleurs ; en dehors de cette conception proprement religieuse, ils « se désintéressent du droit naturel. Pierre Lombard, en 1152, connaît le Décret de Gratien, mais nulle part, il ne relève la moindre définition du *ius naturale*[1] ».

Par contre, les canonistes font preuve d'un grand intérêt pour cette notion. Gratien, en particulier, a été un véritable initiateur, en essayant de synthétiser les deux traditions. Car d'une part, s'il accueille largement la tradition juridique, sous la forme qu'elle a prise en Isidore de Séville (il ne mentionne pas le droit naturel au sens d'Ulpien), il se fait surtout l'écho de tout le courant patristique et théologique, reproduisant le commentaire habituel du texte de saint Paul sur la loi naturelle, donnant à celle-ci une origine divine (quod in Lege et in Evangelio continetur) faisant d'elle un droit propre aux créatures raisonnables, ayant primauté sur tous les autres droits, et non susceptible de dispense[2]. Par là Gratien a contribué grandement au rattachement de l'ordre naturel à la Foi, thème si amplement développé par la théologie médiévale ; il a ouvert la voie à des synthèses plus vastes, leur fournissant des éléments qu'utiliseront ses successeurs, canonistes ou théologiens.

d) Les Décrétistes prolongent cet essai ; s'ils ne négligent pas les définitions romaines, et en cela ils se montrent plus accueillants que leur maître[3], ils les reproduisent simplement au cours de l'énumération de tous les emplois du mot *ius* ; en particulier, Etienne de Tournai, Huggucio et surtout Jean le Teutonique parlent du droit naturel au sens d'Ulpien[4]. Mais en général, soucieux de rattacher le droit naturel à la loi divine, ou d'en faire l'expression de la loi morale[5], ils ne s'intéressent guère à cette formule.

Il faut remarquer aussi que Rufin, suivant en cela Anselme de Laon, expose la théorie de l'état déchu d'un droit naturel primitif ; ainsi obnubilé ce droit est dit *ius gentium*. Enfin Etienne de Tournai et Hostiensis sont parmi les quelques rares à citer le *ius gentium* dans le sens de Gaius, de droit naturel spécifiquement humain[6].

1. LOTTIN, *op. cit.*, p. 27-28 ; cf. aussi GRABMANN, *Das Naturrecht*, op. cit., p. 12 et suiv.

2. Dis. I.1. et 7. Cf. LOTTIN, *op. cit.*, p. 11 et 12 ; sur les sources de Gratien, voir tout l'article de Gaudemet ; « Gratien fut le premier à poser si nettement l'identité du droit naturel et de la loi divine » (p. 27).

3. Sur le peu d'empressement de Gratien à utiliser les textes de droit de Justinien, cf. GAUDEMET, art. cit., p. 13 ; et plus loin, p. 180, note 1.

4. Cf. LOTTIN, *op. cit.*, p. 13-23 ; GAUDEMET, art. cit., p. 27-31 ; KUHLMANN, *op. cit.*, p. 136-137 ; SCHILLING, *op. cit.*, p. 13-17.

5. R. et A. CARLYLE, *A History...*, II, p. 93 et suiv. Mais surtout sur le droit naturel chez les canonistes voir ULLMAN, *Medieval Papalism*, *op. cit.*, p. 38-49.

6. SCHILLING, *op. cit.*, p. 18 ; sur le droit naturel de Paucapalea, voir aussi KUHLMANN, *op. cit.*, p. 136 et LINHARD, *op. cit.*, p. 100. L'idée du droit naturel chez Hostiensis (= ius naturalis est ratio naturalis) a été étudiée par G. SIMON : *La conception du Droit naturel chez un canoniste du XIII^e s., Henri de Suse, cardinal d'Ostie*, Thèse, Institut Catholique, Paris, 1954 (ronéotypée).

e) Au XIII^e siècle, à la suite des décrétistes et à partir de Guillaume d'Auxerre, les théologiens s'intéressent au droit naturel qu'ils intègrent dans la théologie. Toutefois s'ils font mention des définitions romaines, ils les relèguent souvent au second plan[1].

Albert le Grand, le maître de saint Thomas, en une tentative doctrinale remarquable, consacre tout un traité au droit naturel, ne retenant que les données romaines incluses dans la définition d'Isidore de Séville, et écartant toute idée d'une communauté avec les animaux[2].

Enfin, les deux grands théologiens franciscains, saint Bonaventure et Alexandre de Halès, font certes mention du droit naturel au sens d'Ulpien, mais tous deux en attribuent la paternité à Isidore[3]. Toutefois Alexandre consacre un long exposé au droit naturel où il recueille les divers sens donnés par ses prédécesseurs ; fait important il est le premier théologien à parler du « ius gentium » au sens de droit naturel spécifiquement humain.

Comme on le voit, les deux traditions étaient encore loin d'être harmonisées ; certes les emprunts et influences réciproques tendaient à se multiplier ; mais l'essentiel restait encore à faire dans cette voie, et c'est le mérite de saint Thomas de l'avoir tenté, avec plus ou moins de succès d'ailleurs, comme on le verra.

II. La synthèse de saint Thomas

En face de tous ces éléments divers, et soucieux de respecter un legs vénérable, saint Thomas s'est efforcé d'harmoniser en une synthèse doctrinale ce qui était utilisable. Il n'est pas parvenu de suite à ce résultat, et on peut caractériser alors l'évolution de sa pensée par une utilisation progressive, de plus en plus nette et précise, des définitions du droit romain, préféré souvent à d'autres sources.

On peut d'abord remarquer que l'idée assez répandue d'un droit naturel, originairement idéal, mais obnubilé dans la suite par le péché, n'a guère trouvé d'écho en lui. Tout au plus pourrait-on y voir une allusion dans le rattachement au *ius gentium* de certaines institutions considérées soit comme une peine (esclavage), soit comme un état moins parfait (propriété privée)[4].

Pour ce qui est des conceptions plus courantes du droit, voici les étapes de ce travail d'intégration.

1. Commentaire des Sentences de P. Lombard.

C'est encore incidemment, surtout à propos du mariage, que saint Thomas laisse entrevoir ce qu'il entend par droit naturel. Ainsi en étudiant l'origine naturelle du mariage[5], il cite les deux définitions d'Ul-

1. Lottin, *op. cit.*, p. 34.
2. *Id.*, p. 42.
3. *Id.*, p. 50, 52.
4. Linhard, *op. cit.*, . ; Schilling, *op. cit.*, 274.
5. CS.IV.26.1.1.

pien ; mais chose curieuse, il le fait en les opposant comme deux arguments contraires (objection et sed contra I) *a)* objection Ire *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit* » ; or chez les animaux, l'union sexuelle se réalise sans mariage ; donc celui-ci n'est pas de droit naturel ; *b)* sed contra, in principio Digestorum dicitur « *ius naturale est maris et foeminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus* ».

Saint Thomas concilie facilement l'apparente contradiction en recourant à sa doctrine sur la nature celle-ci incline l'homme de deux manières ; *a)* premièrement, d'une façon générique commune à tous les animaux ; or, en ce qui concerne le mariage, cette inclination générique porte sur la procréation et l'éducation (fin primaire du mariage).

D'ailleurs l'auteur prend soin de remarquer que, vu les exigences de cette fin primaire, l'inclination générique se réalise différemment selon les types d'animaux (par exemple certains oiseaux) au point d'entraîner pour l'homme une union stable qui est le mariage ; celui-ci est donc bien de droit naturel. *b)* deuxièmement, la nature incline l'homme selon sa différence spécifique, c'est-à-dire selon sa raison ; et celle-ci porte les conjoints à s'aider et se soutenir mutuellement (fin secondaire du mariage) ; là aussi, la nature exige une association de l'homme et de la femme qui est le mariage.

Ainsi sont conciliées les deux définitions d'Ulpien, et cela est réalisé en plein accord avec Aristote, cité par l'auteur dans ce but[1].

L'étude de l'empêchement de bigamie présente à saint Thomas l'occasion de redonner (deux fois dans le même article) le premier texte d'Ulpien[2]. L'intérêt de ce passage est de montrer comment cette définition est située par rapport à d'autres du droit naturel ; car saint Thomas en énumère alors plusieurs *a)* celle de Cicéron (définition par le principe intrinsèque) « *ius naturae est quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit* »[3] ; *b)* celle de Gratien, faussement attribuée à Isidore (définition par le principe suprême extrinsèque) « ius naturale est quod in lege et in evangelio continetur » ; *c)* définition par l'essence, le contenu exprimé, et c'est celle d'Ulpien[4]. Le développement de l'article insère cette dernière définition dans le même contexte idéologique que précédemment : la nature de l'homme est double ; générique, elle s'exprime dans la fin primaire du mariage spécifique,

1. S. Thomas rapproche les textes d'Ulpien de ceux d'Aristote qui précisent les deux fins du mariage : *a)* première « filiorum procreatio communis est omnibus animalibus » (τεκνοποιία κοινότερον τοῖς ζώοις ; Ethic., VIII, 12, 7 ; *b)* secondaire « mutuum obsequium (ἐπαρκοῦσιν οὖν ἀλλήλοις).

2. « Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit », dans CS.IV.33.1.1 ob. et ad 4.

3. Rhetor. II, 53 ; cette citation est volontiers donnée par S. Thomas, ainsi par ex. CS.IV.17.3.1.2.

4. Voici le contexte important « Tertio dicitur ius naturale non solum a principio, sed a natura, quia de naturalibus est. Et quia natura contra rationem dividitur, a quo homo est homo, ideo, strictissimo modo accipiendi ius naturale, illa quae ad homines tantum pertinent, etsi sint de dictamine naturalis rationis, non dicuntur esse de iure naturale ; sed illa tantum quae naturalis ratio dictat de his quae sunt homini aliisque communia. Et sic datur dicta definitio, scilicet *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit* » ; S. Thomas ne pouvait exprimer plus clairement sa pensée, et ses préférences : « Pas plus qu'Albert le Grand, S. Thomas n'est enthousiaste de la définition de Gratien ; ...il lui préfère donc celle de Cicéron, ...mais par-dessus tout il affectionne celle du juriste Ulpianus » (D. LOTTIN, *op. cit.*, p. 62).

dans la fin secondaire. La bigamie ne s'opposant pas à la réalisation de la première, n'est pas contraire au droit naturel entendu au sens d'Ulpien ; ce droit, tout en portant sur des inclinations communes à tout le règne animal, n'en est pas moins réglée par la raison ; et sous cet aspect il est alors synonyme de loi naturelle dont il exprime un des principes premiers.

C'est exactement la même doctrine qui est redonnée peu après, dans le même ouvrage, lors de l'étude de l'empêchement au mariage par parenté, où le texte d'Ulpien est de nouveau cité à propos du droit naturel[1].

2. Commentaire de l'Ethique à Nicomaque.

Quelques années après, le Commentaire de l'Ethique d'Aristote permet à saint Thomas de compléter sa doctrine en y intégrant la notion de « ius gentium »[2], assez généralement délaissée par ses prédécesseurs (sauf Alexandre de Halès). Aristote ne connaissait pas de *ius gentium*. Qu'à cela ne tienne. Il faut le mettre d'accord avec les juristes ; car chez l'un et les autres le mot *ius naturale* n'a pas la même signification. La nature humaine définie par Aristote est d'être animal (genre) raisonnable (différence spécifique) ; le mot *ius naturale* pris au sens d'Ulpien correspond alors à la nature générique ; le mot *ius gentium* à la nature spécifique, rationnelle. Ces deux droits correspondent au terme unique *ius naturale* employé par Aristote. Ainsi l'harmonie est complète entre le « Philosophe » et l juristes. « Il faut noter cette faveur nouvelle accordée au droit romain. En insérant le *ius gentium* dans le droit naturel d'Aristote, saint Thomas remet décidément à l'honneur cet élément du droit romain qu'on avait trop délaissé avant lui[3]. » On verra plus loin l'importance de cette revalorisation.

3. La Somme Théologique présente sur la question du droit naturel

1. CS.IV.40.1.3 ; on peut remarquer que S. Thomas, dans toute ces questions (origine du mariage, bigamie, parenté) aime donner des exemples tirés des observations zoologiques d'Aristote, exemples qui insinuent une certaine ressemblance entre les mœurs animales et la morale humaine (fidélité de la tourterelle, respect maternel chez le chameau et le cheval, etc...).

2. Ethic. V, 12 ; voici le passage essentiel « iustum naturale est ad quod hominem natura inclinat. Attenditur autem in homine duplex natura. Una quidem, secundum quod est animal, quae sibi et aliis animalibus est communis. Alia autem natura est hominis, quae est propria sibi inquantum est homo, prout scilicet secundum rationem discernit turpe et honestum ».

Il faut remarquer que lorsque S. Thomas parle de la définition du droit naturel donnée par les juristes de son temps, c'est uniquement celle d'Ulpien qui est citée ; ex. : « Iuristae autem illud *tantum* dicunt ius naturale, quod consequitur inclinationem naturae communis homini et aliis animalibus,... » (Ethic. V, 12) ; pour ce qui est du ius gentium, la définition des juristes que S. Thomas connaît : « ...vocant iuristae *ius gentium*, quia *eo omnes gentes utuntur*, sicut quod pacta sint servanda, et quod legati apud hostes sint tuti, et alia huiusmodi » (même passage). Ces deux droits ainsi entendus par les juristes « comprehenduntur sub justo naturali, prout hic a Philosopho accipitur ». Cette remarque a son importance : S. Thomas a développé sa doctrine non pas à partir d'un choix arbitraire des textes romains, mais d'après ceux qui étaient en cours dans les milieux juristes de son temps.

3. D. LOTTIN, *op. cit.*, 63, cf. de même V. CATHREIN, *Das ius gentium im römischen Recht und beim hl. Thomas von Aq.* dans *Philosoph. Jahrbuch.*, 1889 : « der hl. Thomas seine Lehre über das ius gentium aus den römischen Juristen geschöpft hat » (p. 380) ; de même D. LOTTIN, *Principes de Morale*, o. c., II, p. 43 et suiv.

une doctrine plus élaborée et une construction systématisée qui utilise largement les définitions des juristes romains. La chose est alors d'importance et mérite un examen attentif, vu les conséquences qu'elle entraîne dans bien des matières où la notion de droit naturel est utilisée. D'ailleurs la précision et l'exactitude avec lesquelles saint Thomas cite ses textes de droit laisse bien deviner l'importance qu'il leur a accordé en ce domaine. Ce sera aussi une occasion de saisir sur le vif le cheminement de la pensée de l'auteur et de voir comment il intègre des éléments juridiques dans sa synthèse théologique définitive. Pour ce faire il nous faut le suivre dans le dédale de sa dialectique, quitte à serrer les textes de près, en marquant les nuances requises.

Dans le traité des Lois (S.T.I.II.90-99) on rencontre une première indication précieuse[1], dont le contexte doctrinal peut se résumer ainsi Toutes les créatures, étant soumisse à la Providence divine sont réglées par la Loi Eternelle qui se réalise en elles, participée à des degrés divers, sous formes de tendances ou inclinations naturelles ; dans cet état de participation elle est dite Loi naturelle en général. Chez l'homme, cette participation revêt de plus une forme plus parfaite, car elle se réalise dans la lumière de sa raison, faisant de lui sa propre providence.

Ainsi donc en l'homme, la Loi éternelle peut être participée de deux manières soit d'une façon matérielle, présente en lui comme en toute créature sous la forme d'un principe interne d'action, une tendance profonde, inéluctable, inscrite en son être ; soit d'une façon formelle qui lui est propre : la loi éternelle exerce alors son empire par l'intermédiaire de la connaissance rationnelle ; elle est participée sous sa forme même de loi, c'est-à-dire de règle, de mesure. Alors que dans le premier cas elle est plutôt subie, dans le second elle est avant tout acceptée, prise en charge, reconnue comme une délégation. Sous ce dernier aspect, cette participation rationnelle de la Loi éternelle en l'homme est proprement appelée Loi naturelle[2]. Toutefois ces deux aspects ne peuvent pas être séparés, car le champ d'application de la Loi naturelle va justement être ces diverses tendances qui rapprochent l'homme des autres créatures, l'unissant plus ou moins au cosmos et sur lesquelles doit porter l'action régulatrice de la raison.

Saint Thomas distingue ainsi diverses couches de tendances en l'homme qui font l'objet d'autant de préceptes de la loi naturelle

a) une tendance commune à toutes les substances, celle de la conservation dans l'être ;

1. ST.I.II.94.2.

2. Principaux passages de ce contexte : « cum lex sit regula quaedam et mensura, dicitur dupliciter esse in aliquo : uno modo sicut in mensurante et regulante ; et quia hoc est proprium rationis, ideo per hunc modum lex est in ratione sola. Alio modo sicut in regulato et mensurato ; et sic lex est in omnibus quae inclinantur in aliquid ex aliqua lege ; ita quod quelibet inclinatio proveniens ex aliqua lege potest dici lex non essentialiter, sed quasi participative. » (ST.I.II.90.1 ad 1.)

« Duplex est modus quo aliquid subditur legi aeternae : uno modo, inquantum participatur lex aeterna per modum cognitionis alio modo per modum actionis et passionis, inquantum participatur per modum interioris principii motivi. Et hoc secundo, modo subduntur legi aeternae irrationales creaturae. Sed quia rationalis natura cum eo quod est commune omnibus creaturis, habet aliquid sibi proprium, inquantum est rationalis, ideo secundum utrumque modum legi aeternae subditur. » (I.II.93.6.)

b) une tendance plus spéciale qui le rattache au règne animal, celle de la reproduction et ses suites (union de l'homme et de la femme, éducation des enfants, etc.) ; selon cette inclination, la loi naturelle prescrit à l'homme « ce que la nature enseigne à tous les animaux » (c'est la définition même d'Ulpien) ;

c) une tendance propre à l'homme, et portant sur la connaissance de Dieu, la vie en société, etc....[1]

Cette première indication révèle déjà le point précis où vient s'insérer une notion romaine. (S.T.I.II, q.94, a.2)

Mais suivons le développement de la pensée de l'auteur qui va se préciser. Telle quelle la loi naturelle est insuffisante pour diriger l'ensemble des hommes (cf. chap. IV, 2e partie, p. 76) ; c'est la raison même de l'existence des lois humaines, qui n'ont toutefois de valeur que dans la mesure où elles dérivent de la loi naturelle, elle-même participation de la loi éternelle. (id. q.95, a.2)

Mais comment doit se faire cette dérivation, garantie de leur valeur ? La réponse est logique puisque la loi naturelle est une activité de la raison, c'est selon le mode d'opérer de cette faculté que doit se faire la dérivation. Or la raison (qu'elle soit orientée vers la spéculation ou vers la pratique) part de principes généraux et indémontrables pour en tirer des conclusions ou applications.

Ici ces principes premiers ne sont pas autre chose que les préceptes, tendances naturelles énoncées plus haut ; la raison peut alors en tirer :

a) des conclusions immédiates, valables en tout temps et en tous lieux ;

b) des applications (ou déterminations) particulières, qui n'ont pas de valeur absolue.

L'article 4 de cette même question 95 (dans le but d'expliquer la division isidorienne du droit), en se référant explicitement à la doctrine précédente (« ut supra dictum est) met une étiquette sur chacune des dérivations humaines de la loi naturelle si une loi humaine dérive de la première façon, elle est dite appartenir au *ius gentium* ; si elle le fait de la seconde manière, il s'agit du *ius civile.*

Cette explication, semble-t-il, a l'air de ne guère tenir compte de la définition d'Ulpien, rapidement évoquée plus haut. Il n'en est rien ; en répondant à une objection bien compréhensible (dans le même article), saint Thomas nous remet sur la voie : en effet, on pourrait objecter qu'à s'en tenir à cette division des lois humaines, la différence entre la loi naturelle et le « ius gentium » paraît bien minime ; l'auteur le reconnaît volontiers[2], et indique que cette différence doit être cherchée ailleurs ; non plus dans la forme de dérivation d'une loi par rapport à une autre, mais dans leur contenu respectif, qui a une ampleur différente ; celui du « ius gentium » ne s'étend de fait qu'aux actes propres à l'homme ; celui de la loi naturelle le déborde, car il comprend les inclinations communes à tout le règne animal ; et nous voilà de nouveau face à la formule d'Ulpien.

1. Cette classification rappelle un peu les trois acceptions du par Jean le Teutonique dans la glose de Dl. I.7.
2. « Ius gentium est aliquo modo naturale hominl. »

Cette explication, rapide et incidente dans le traité des Lois, devient dans celui du Droit (S.T.II.11.57) une véritable doctrine, s'y développant comme sur son terrain propre. Il faut, en effet, se souvenir qu'entre ces deux traités, la perspective change quelque peu, commandée par la nuance mise par saint Thomas entre la loi et le droit. En effet, pour lui la loi est essentiellement une œuvre de la raison, à quelque degré que ce soit ; et la loi naturelle sous son aspect formel est donc essentiellement la norme rationnelle de l'action, proprement humaine ; aussi en parlant d'elle, il n'y a pas lieu de songer à une communauté avec les animaux.

Mais il en va autrement lorsqu'on passe à l'étude, non plus de la règle de l'action, mais à l'objet mesuré par la loi, le « iustum obiective », qui est le droit tout court pour saint Thomas (cf. début de ce chapitre, p. 90 et suiv.) ; la perspective est tout autre. Déjà, comme on l'a vu plus haut, le Commentaire de l'Ethique avait tracé la ligne générale cette nature humaine que la loi naturelle doit mesurer n'est pas hétérogène au monde, isolée du cosmos. Par un aspect de son être, l'homme est relié au monde matériel ; et surtout son animalité (genre) tout en revêtant chez lui une forme rationnelle (différence spécifique) n'en conserve pas moins ses exigences, ses tendances communes à tout le règne animal. Aussi, soucieux de faire correspondre à la division du droit fournie par les juristes la nature humaine dans sa complexité, saint Thomas n'a-t-il pas hésité à scinder la notion aristotélicienne du droit naturel, et à faire correspondre à la nature générique la définition du droit naturel fournie par Ulpien et à la nature spécifique celle du *ius gentium*[1].

Prolongeant cette ligne, le traité du Droit de la Somme Théologique apporte les précisions ultimes[2]. C'est à partir de la notion même de droit que doit se révéler la différence entre *ius naturale* et *ius gentium*. Or, pour saint Thomas le droit c'est l'objet juste, c'est-à-dire ce qui est essentiellement relatif à quelqu'un ; sera dit ainsi « iustum naturale » ce qui, de par sa constitution, est adapté, proportionné exactement à autrui.

On peut cependant entrevoir des degrés dans cette adéquation

a) Ou bien elle est absolument évidente, contenue dans les termes ; ainsi qui dit « mâle » signifie de soi relation à un autre terme « femelle » ; et cela dans le but de la génération. De même qui dit « parent » dit relation à « enfant » dans le but de le nourrir et éduquer. Les deux termes sont corrélatifs pour la réalisation d'une tendance naturelle. Mais, et c'est là l'important, cette commune mesure, évidente et absolue, n'exige pas pour être appréhendée et connue, l'intervention de la raison ; tous les animaux la saisissent immédiatement. En eux, inscrite dans leur nature, elle est une expression de la loi éternelle ; antérieure à toute intervention de la raison, chez l'animal raisonnable qu'est l'homme, elle constitue le droit naturel fondamental, primaire. Certes

1. Interprétation qui n'est pas contraire au droit romain : « Es ist also unzweifelhaft, dass das römische ius gentium inhaltlich einen Teil des Naturrechts in unserem heutigen Sinn bedeutet und zwar jenen Teil, der auch offentlich anerkanntes und insofern positives, menschliches Recht ist » (CATHREIN, art. cit., p. 378).

2 ST.II.11.57.3 ob. 1 et co.

la raison humaine voit le rapport, le mesure, mais comme une donnée commune à tout le règne animal ; elle la spécifie, la précise, mais la suppose antérieure à elle. Bref, chez le pur animal cette tendance inscrite en lui est réalisée aveuglément, alors que l'homme la prend en charge et la réalise à la lumière de sa raison. Et c'est à ce droit naturel générique que saint Thomas applique la définition donnée par Ulpien.

b) Ou bien cette adéquation, cette commune mesure entre deux termes n'est pas de soi évidente ; elle a besoin d'être déduite à l'aide d'un raisonnement. Ainsi rien ne dit que tel champ doive appartenir à un tel plutôt qu'à un autre ; la relation qu'il y a entre ce champ et son propriétaire n'est pas contenue dans les termes ; c'est seulement en conséquence de l'opportunité de sa mise en culture, de son usage pacifique que ce champ est lié à un propriétaire particulier. Cette relation pour être réalisée exige donc l'intervention de la raison, car tirer une conséquence n'appartient qu'à l'homme, et ce droit naturel spécifique est alors le *ius gentium*.

On comprend alors que dans une telle perspective, en parlant de droit naturel, une communauté entre l'homme et les animaux n'ait rien de choquant. Certes, si par droit on entendait avant tout le pouvoir moral, subjectif, d'agir, ou bien l'ensemble des lois imposées à des êtres libres et raisonnables comme on le fait souvent aujourd'hui, l'idée d'un droit commun avec les animaux serait ridicule. Mais cette communauté, loin de porter sur le sujet du droit, porte essentiellement sur son contenu, son objet, les tendances réglées par la raison.

Ius naturale et *ius gentium* sont donc deux droits formellement humains ; le premier affecte la nature générique, et règle en l'homme des inclinations qui débordent l'espèce ; le second affecte la nature spécifique, faisant œuvre propre en tirant de principes évidents des conclusions rationnelles.

On se trouve donc face à deux réalisations, à résonnances différentes, d'une idée générale du droit naturel. De ce fait, loi naturelle et droit naturel n'ont pas pour saint Thomas exactement le même sens[1]. Loi

1. Toutefois S. Thomas emploie quelquefois les deux expressions l'une pour l'autre (ex. CS.IV.33.1.1 co) ; mais dans la forme évoluée prise par la doctrine dans la Somme Théologique, il y a une nuance im rtante entre les deux choses. KUHLMANN (*Der Gesetzbegriff*, o. c., p. 171, note 1) avait déjà signalé à la suite de WAGNER (*Das natürliche Sittengesetz nach der Lehre des Thomas von Aquin*, Freiburg, Br., 1911, p. 79-80) l'importance de cette distinction pour interpréter certains textes de S. Thomas. Depuis la question a rebondi avec l'étude de G. MAGGIORE, *Lex naturalis e ius naturale in San Tommaso d'Aquino*, dans le fascicule II de *Archivio di filosofia*, avr. ju. 1933, p. 131-139 ; l'auteur critique la distinction cla ique entre ius et lex chez S. Thomas et aboutit à des conclusions radicales (S. Thomas aurait confondu entièrement ordre juridique et ordre moral). Cette étude a suscité de vives oppositions, par ex. de la part d'OLGIATI, *Il concetto*, o.c., p. 171, et surtout de la part de PASSERIN D'ENTRÈVES, dans *Diritto naturale e distinzione fra morale e diritto nel pensiero di San Tommaso d'Aquino*, dans *Rivista di Filosofia neoscolastica*, XXIX (1937), p. 473-503 ; cet auteur a peut-être exagéré dans le sens opposé. Un bon résumé de la question est donné par DI CARLO, *La Filosofia giuridica e politica di San Tommaso d'Aquino*, Palerme, Palombo, 1945, p. 90-102.

Nous pensons que l'exégèse des textes de S. Thomas donnée en ce chapitre peut fournir un élément de solution à ce problème important. La solution complète doit faire appel à d'autres éléments, d'ordre social, dont l'examen déborderait notre sujet, et dont on trouvera une esquisse, rapide mais très suggestive, dans le résumé de sociologie thomiste donné par G. de LAGARDE, dans *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*, tome III, *Secteur social de la scolastique*, Paris, P.U.F., s.d., pages 69-115.

naturelle, c'est avant tout pour lui la norme rationnelle de l'agir humain ; droit naturel, c'est l'objet mesuré par la loi naturelle, et avant tout les actes communs à tout le règne animal. De telle sorte, l'adjectif « naturel » appliqué au mot « droit » n'a pas la même portée que accolé au mot « loi ». Dans ce dernier cas il s'oppose à humain, il désigne la participation formelle de la loi éternelle en l'homme qu'est la raison, et dont l'origine est supra-humaine, rattachée directement au Créateur.

Dans le premier cas (droit naturel) il évoque les couches ontologiques de la nature humaine, soit celles qui le relient au monde, surtout au monde animal, ensemble de tendances qui s'imposent à l'homme antérieurement à toute réflexion, soit celles qui lui sont propres (droit spécifique)[1].

On comprend alors dans quel contexte doctrinal sont insérées, citées avec une remarquable précision, les définitions du Digeste qui donnent à chaque droit un sens particulier « Dicit enim Iurisconsultus quod *ius gentium est quo gentes humanae utuntur... A iure naturali* (sic dicto) *recedit ius gentium,* ut Iuris consultus dicit *quia illud omnibus animalibus, hic solum hominibus inter se commune est...* Et ideo dicit Gaius iurisconsultus *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit,* id (var. « quod » en pl) *apud omnes gentes custoditur* (var. « custodiatur » et sans la suite), *vocaturque ius gentium.* »

Ainsi les définitions des juristes romains sont incorporées dans la synthèse thomiste de la loi et du droit, avec les conséquences que cela comporte. Ces textes ne sont pas apportés comme des ornements ou des confirmations ; ils constituent une source doctrinale de premier plan, au même titre qu'Isidore ou Aristote. Et même c'est dans le droit romain seul (Ulpien) que saint Thomas a puisé cette notion de droit naturel (générique) qui lui permet de mettre une logique implacable dans son système. De fait, face à la division du droit transmise par la tradition (ius naturale, ius gentium, ius civile), il lui fallait trouver une base rationnelle qui lui permette de déduire logiquement ces diverses espèces de droits d'un principe commun.

Les textes d'Isidore ne lui fournissaient guère d'éléments de solution ; à partir d'eux, en effet, on ne voit pas quelle différence rationnelle mettre entre *ius naturale* et *ius gentium,* leurs contenus respectifs étant très voisins. C'est alors la définition d'Ulpien qui lui a fourni ce moyen de systématisation, qui a joué ce rôle dialectique et permis de mettre une plus grande logique dans ces données respectables. A ce sujet on a pu dire : « c'est à une notion extra-isidorienne à la définition du romain Ulpianus que saint Thomas recourt, quand il doit, pour sauver Isidore, trouver une différence entre le droit naturel et le droit des gens. Mais cette habileté même trahit le fond de la pensée de saint Thomas, je veux dire : ses sympathies secrètes pour le droit romain. Il n'a pas trouvé dans les explications d'Isidore la clarté requise pour

1. Le mot de *nature* avait pour S. Thomas une autre richesse que celle que nous sommes accoutumés de mettre en ce terme, depuis le XVIII[e] siècle surtout, à la suite de Grotius et son école du droit naturel. Cette différence, liée à des contextes philosophiques divers, explique bien des confusions et malentendus lorsqu'on parle de droit naturel.

dissiper l'obscurité que créait le texte même de l'auteur ; les définitions lapidaires des jurisconsultes romains lui ont fourni la réponse désirée[1]. »

Il n'y a pas lieu de s'étonner d'un pareil procédé ; saint Thomas prend son bien où il le trouve, pour réaliser son œuvre scientifique. Ce faisant a-t-il donné de ces textes une exégèse qui les déforme ? Nous ne le pensons pas ; certes ces citations sont assumées dans un contexte bien différent de celui où elles ont vu naissance, incorporées dans une synthèse rationnelle qui les utilise à ses fins ; mais il s'agit plutôt d'un dépassement, d'un prolongement de leur portée primitive, d'une explicitation qui est une preuve de leur vitalité[2]. « Il est, dit le sage, une loi commune, universelle, qui fixe d'une manière ordonnée les règles et données de vie appropriées à la nature de toutes les créatures. Ces données de vie constituent le droit, le ius, l'unum ius, le ius datum omnibus. Mais, quand, parmi ces données, il s'agit de celles qui sont conformes à la nature commune des hommes et des animaux, ces données, transcrit Ulpien, forment le ius naturale. Quand il s'agit des données et de vie et de société des hommes entre eux, propre à la nature de l'homme raisonnable vivant en société, pour le jurisconsulte Ulpien, ces données constituent le ius gentium, tandis que d'autres en faisaient la source d'un droit qu'ils dénommaient encore ius naturale ou naturae[3]. »

Pour ne pas embrouiller le problème de la réception du *ius naturale* et du *ius gentium* par saint Thomas, il nous a paru préférable de considérer à part la question du *ius civile* et du *ius positivum*.

a) La transmission de la notion de *ius civile* tel que le droit romain le définissait[4] se fit sans difficulté par l'intermédiaire d'Isidore et de Gratien[5], pour parvenir à saint Thomas qui, nous l'avons vu, l'intégra dans sa synthèse, en le faisant dériver de la loi naturelle par mode de détermination « quae vero derivantur a lege naturae per modum particularis determinationis, pertinent ad ius civile, secundum quod quaelibet civitas aliquid sibi accomodatum determinat[6]. »

b) La notion de *ius positivum* est plus complexe. Elle ne remonte pas au droit romain ; à ce titre, elle ne nous intéresserait pas ; cepen-

1. LOTTIN, *op. cit.*, p. 66.
2. Il est curieux de noter que l'emploi par S. Thomas de l'idée d'un droit naturel générique continue un courant doctrinal antique, représenté par ex. par Cicéron, dans son *De Finibus...* (textes dans SENN, *op. cit.*, p. 67-70), comme on le verra en conclusion de ce chapitre. De même il faut noter ici que cette idée n'était pas étrangère au droit canonique ; ainsi la *Summa* : « Animal est substantia » mettait la sensualité comme élément commun à l'homme et aux animaux (cf. KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik*, cité plus loin ; p. 207).
3. SENN, *op. cit.*, p. 82-83.
4. Instit. I.2.1 et 2.
5. Etymol. V.5 ; Déc. Dl. I.6. et 8.
6. Ethic. V, leç. 12 ; cf. la même expression de Paul dans Dig. I.1.11 « civitate utile est ».

dant comme elle était couramment employée par les juristes du temps de saint Thomas, l'usage que celui-ci en fit peut nous éclairer sur son attitude vis-à-vis du droit romain médiéval, le seul qu'il connut directement. Généralement les commentateurs de saint Thomas n'ont pas l'air de se douter de l'origine médiévale de ce terme, se laissant tromper par le texte de saint Thomas qui l'utilise dans le sens de droit essentiellement opposé au droit naturel[1].

Ce terme de *ius positivum* se rencontre pour la première fois en France, au XII[e] siècle[2], par exemple chez Abélard[3], chez le canoniste français Odo de Doura[4], chez Simon de Tournai[5] ; ce n'est qu'après 1210 qu'on le trouve employé pour la première fois par l'école de droit de Bologne. Saint Thomas fait donc preuve d'esprit juridique informé en utilisant largement la nouvelle expression ; il sait que les juristes l'emploient[6]. On peut alors se demander : *Ius positivum* est-il synonyme de *ius civile* ? son opposition avec le *ius naturale* se situe-t-elle sur un autre plan, que celui des divisions du droit vues précédemment ? Mais alors quel est le mode de dérivation de ce droit avec le droit naturel ?

Comme saint Thomas fait intervenir des textes de droit romain pour légitimer sa position dans le problème, il nous faut le suivre à travers les progrès de sa doctrine

a) Commentaire des Sentences : la doctrine est encore peu précise. En commentant le 3[e] livre, saint Thomas donne une explication assez simple les préceptes du droit naturel interdisent ce qui est mal en soi. Ceux du droit positif soit interdisent ce qui peut être occasion de mal, soit encouragent les hommes à la pratique de la vertu. Comment ces préceptes de droit positif dépendent-ils du droit naturel ? Saint Thomas y répond en citant un texte romain (avec référence), mais en

1. A n'y pas prêter attention on se laisserait persuader que Cicéron ou Aristote ont employé le mot « ius positivum ». Par exemple, S. Thomas écrit (CS.IV.15.3.1.4 cor.) « ius positivum, ut dicit Tullius, est a naturali derivatum » alors que Cicéron dit simplement « initium ergo eius (iuris) ab natura ductum videtur » (De inv. rhet. 2.22.65), ou bien : « Unde ad legem positivam pertinet, ut dicit Philosophus, ordinare nutritiones juvenum et adinventiones », alors que la traduction latine d'Aristote (Ethic. V.14) dit « propter quod legibus oportet ordinatam esse nutritionem ipsorum (iuvenum) et adinventiones ».

2. Sur les origines du terme *ius positivum* (ou *lex, constitutio positionis*), voir l'ouvrage important de St. KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik* (1140-1234), *Prodromus corporis glossarum*, I ; collect. *Studi e Testi*, n° 71, 1937, Cité du Vatican, pp. 175-176, 455. L'auteur avait déjà donné le résultat de sa découverte dans *Sur les origines du terme « droit positif »*, dans *Revue du droit français et étranger*, Série IV, 15 (1936), pp. 728-740. Kuttner situe l'origine de ce terme dans un commentaire du Timée de Platon par Chalcidius, commentaire connu dans les milieux juristes. Ces recherches ont été confirmées par D. Van DEN EYNDE, *The terms « ius positivum » and « signum positivum » in twelfth-Century Scholasticism*, dans *Franciscan Studies*, New-York. 9-11, march 1949, pp. 41-49 : « Such terminology, wuch opposes the nouns « natura » and « positus » as well as the adjectives « naturalis » and « positus », might easily have impressed the theologians anc canonists of the twelfth century » (p. 44).

3. *Dialogus*, Migne, Patr. lat. 178, col. 1656 b. « *Ius quippe aliud naturale, aliud positivum dicitur* ».

4. Cf. KUTTNER, *Repertorium*, p. 173.

5. *Id.*, p. 175, D. Van DEN EYNDE, art. cit., p. 45, 46.

6. Ethic. V.12 « cum divisione quam iuristae ponunt, scilicet quod iuris aliud est naturale, aliud est positivum ». Il est alors clair que les « juristes » dont parle S. Thomas dans ce texte, sont ceux du Moyen Age, et non les juristes romains, comme le pense D. LOTTIN, *op. cit.*, p. 63, note 1.

y introduisant comme il le fait pour Aristote ou Cicéron, le terme *positivum* « *non omnium quae in lege posita sunt, quaerenda est ratio*, ut ff. *de leg. et senatus cons*[1]. » Le texte romain était « non omnium quae a maioribus *constituta* sunt ratio reddi potest[2]. »

Le texte cité en objection est l'occasion d'une réponse détaillée ; elle se fait selon le mode comparatif en utilisant comme similitude la doctrine aristotélicienne de la plus ou moins grande nécessité qui règne dans le cours de la nature. Si certaines lois (droit naturel) sont entièrement fondées sur la raison et n'admettent pas ou peu de dispenses, d'autres (droit positif) ne se réclament de la raison que par motif de convenance, en raison de circonstances particulières. Cependant une idée, rapidement énoncée dans un sed contra (le 3e) annonce déjà le sens de l'évolution future.

Notons en passant qu'au 4e livre abordant la même question sous un jour un peu différent, saint Thomas assigne au droit positif un rôle protecteur vis-à-vis du droit naturel alors que celui-ci défend le mal en soi, le droit positif défend seulement l'occasion du mal, ou encourage à la vertu[3].

b) Le *Contra gentiles* énonce le principe général étudié à propos de l'origine du *ius gentium* : « leges autem positae opportet quod ex naturali instinctu procedant, si humanae sunt, sicut in scientiis demonstrativis omnis humana inventio ex principiis naturaliter cognitis initium sumit[4]. »

c) Le Commentaire de l'Ethique fait correspondre au *ius positivum* (qui pour saint Thomas désigne ici le *ius civile* des juristes), le *iustum legale* d'Aristote, et le fait dériver du droit naturel par mode de détermination particulière[5].

d) La Somme Théologique apporte quelques nuances, pour ne pas dire quelques complications. Là aussi il faut distinguer entre loi et droit. Dans le traité des lois (I.II ae pars) est qualifiée de positive (humana posita, positiva) toute loi humaine, qu'elle dérive de la loi naturelle par mode de conclusion ou de détermination. Ce qualificatif peut donc recouvrir deux réalités différentes.

1. Une loi positive peut porter sur une donnée du *ius gentium* (modo conclusionis) ; elle tire alors sa force d'obligation à la fois de sa « positio » par le législateur, et aussi de la loi naturelle dont elle est une conclusion immédiate.

2. Une loi positive peut porter sur une donnée du *ius civile* (modo determinationis) ; elle crée alors une obligation qui lui est propre, un nouveau rapport avec un objet ou une personne ; mais sa force contraignante ne provient que d'elle-même, sa dépendance à l'égard de la loi naturelle étant trop lâche pour en transmettre l'influence[6].

1. CS.III.37.3. obj. 4.
2. Dig. I.3.20-21. Cf. plus bas,
3. CS.IV.15.3.2.1 cor.
4. Contra gent. III.123.
5. Eth. V, 12 ; sur le souci de S. Thomas à tenir compte des données des j
cf. p. 99.
6. « ...ea quae sunt primi modi (conclusionis) continentur lege humana non tanquam int solum lege posita, sed habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali. Sed ea quae sunt secundi modi (determinationis) ex sola lege humana vigorem habent » (I.II.95.2 co).

En conséquence à s'en tenir à cette explication, le terme de positif s'applique alors aussi bien au *ius gentium* qu'au *ius civile*[1], car tous deux dérivent de la loi naturelle de par l'intervention humaine.

Dans le traité du droit (II.11 ae pars) on est placé dans une perspective différente. En effet, en tenant compte du sens donné par l'auteur au mot *ius*, est dit positif, par opposition à naturel, le droit, la chose juste dont la convenance, l'adéquation à quelqu'un ne découle pas de sa nature même, mais de la simple convention humaine ou d'un commun accord des volontés. Dans le contexte, *ius naturale* (générique) et *ius gentium* étant définis comme deux formes du droit naturel, la qualification de positif ne s'applique plus qu'au *ius civile*[2].

Donc si l'on se place du point de vue de la dérivation d'une loi humaine par rapport à la loi naturelle, la loi positive comprendrait le *ius gentium* et le *ius civile* ; mais par contre, si on considère le contenu lui-même du droit, positif ne désignerait plus que le *ius civile.*

Sans parler de contracticton, il y a évidemment là pour le moins une certaine obscurité ou une nuance qui peut paraître subtile ; de fait, l'intégration doctrinale d'un « ius gentium » dialectiquement opposé au *ius naturale* n'est pas allé sans entraîner quelques difficultés, dont la plus immédiate est de répondre à la question comment superposer la division tripartite (ius naturale, ius gentium, ius civile) à celle plus simple (ius naturale, ius positivum) ; la réponse paraît ambiguë, le moyen terme *ius gentium* étant alors dans un cas englobé dans le *ius naturale*, dans l'autre dans le *ius positivum*. Dans la suite on verra d'autres difficultés se lever à la suite d'applications de cette doctrine à divers problèmes plus concrets qui vont maintenant nous occuper.

Quoi qu'il en soit, on doit reconnaître que saint Thomas s'est efforcé avec une persévérance réelle à utiliser doctrinalement les définitions des juristes romains[3] ; c'est, en effet, à partir d'elles qu'il a construit sa systématisation rationnelle en matière de philosophie du droit. Tout en voulant prolonger Aristote, son effort a tendu à légitimer l'existence de différents étages conceptuels dans le terme générique de « ius » ; pour cela il a fait appel au droit romain qui lui est surtout apparu comme le fruit de l'expérience humaine.

(A la page 122, on trouvera, sous la forme d'addenda (n°2) un tableau récapitulant les divers sens des mots « loi » et « droit » chez s. Thomas.)

1. « ...et secundum hoc (de ratione legis humanae quod sit derivata à lege naturae) dividitur ius positivum in ius gentium et ius civile » (I.11.95.4 co) ; cf. de même II.11. 57.3 où est réfutée l'obj tion que le ius gentium doit faire partie du droit naturel.

2. « Dupliciter autem potest ali i homini aliquid esse adaequatum. Uno quidem modo ex ipsa natura rei : puta c i aliquis tantum dat ut tantundem recipiat. Et hoc vocatur ius naturale. Alio modo aliquid est adaequatum vel commensurarum alteri ex condicto, sive ex communi placito : quando scilicet aliquis reputat se contentum si tantum accipiat... Et hoc dicitur ius positivum. » (II.11.57.2 co.)

3. A ce sujet il faut remarquer que le texte de la Somme Théologique comparé à celui du Commentaire des Sentences (III.37.3), révèle un progrès caractéristique dans la technique des citations ; Cicéron n'est plus transcrit en une vague approximation ; mais surtout en citant le Digeste, S. Thomas retire l'anachronique expression « posita » « *non omnium quae a maioribus lege statuta sunt, ratio reddi potest* », ST.I.11.95.2 ob. 4.

B. — Répercussions de cette adoption du droit

Si une grande partie de l'œuvre de saint Thomas s'est développée en dehors de toute influence directe du droit romain, cependant bien des questions ont subi les contrecoups de l'intégration des textes juridiques étudiés précédemment. Certaines de ces répercussions sont assez sérieuses pour mériter un examen. L'étude du droit romain dans l'œuvre du Docteur Angélique serait incomplète si elle ne les mentionnait pas.

1° *MORALE SEXUELLE ET CONJUGALE*

Dans le Commentaire des Sentences, en répondant à la question : le mariage est-il de droit naturel ? saint Thomas cite explicitement un texte du Digeste concernant le mariage : « in principio Digestorum dicitur *Ius naturale est maris et feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus*[2]. » Cette définition, citée dans un sed contra, parallèlement à un texte d'Aristote, constitue la source doctrinale autour de laquelle la réponse est développée dans l'esprit de la théorie du droit naturel générique et spécifique, telle qu'on l'a vue plus haut ; l'essence du mariage est alors la « coniunctio » ayant en vue une fin primaire (générique) et une secondaire (spécifique).

C'est cette même doctrine qui est rappelée dans un autre article du même Commentaire des Sentences, où un autre texte romain est apporté, cité d'ailleurs partiellement, et attribué à « quosdam » « secundum quosdam autem matrimonium est *consortium vitae et communicatio divini et humani iuris*[3]. » Cette définition est reliée à la précédente, comme exprimant non pas l'essence du mariage, mais son effet[4].

L'absence d'un traité du mariage dans la Somme Théologique inachevée ne permet pas de connaître l'évolution ultérieure de la pensée de saint Thomas sur ce point, comme aussi sur une utilisation possible d'autres textes romains. La seule chose qu'on puisse dire est qu'à la fin de la IIa pars de cette Somme, un texte est cité à propos du mariage, et c'est le même que celui rencontré plus haut dans le Commentaire des Sentences[5].

1. Sur le mariage chez S. Thomas, voir l'important article de LE BRAS, *Le Mariage*, dans le *Diction. de Théolog. cathol.* de Vacant-Mangenot, IX, col. 2174-2175 (principaux passages relatifs à S. Thomas). De même DURAND-MISEREY, *Le Mariage*, Paris, Desclée Cie, 1930-1945, 3 vol.

2. CS.IV.26.1.1 ; Dig. I.1.1 ; le terme de « coni ctio » se retrouve dans la définition de P. Lombard, prise dans Gratien (C.27.2 début) « viri mulierisque coniunctio... »

3. CS.IV.27.1.1.3, ob. 4 ; Dig. 23.2.1 ; se retrouve aussi dans la Somme de Raymond de Pennafort, IV.2.1.

4. Cause du mariage Le consentement ; son essence la conconiunctio ; son effet vie commune, cf. p. 44.

5. ST.II.11.154.2 cor. « haec autem determinatio certae feminae matrimonium vocatur. Et ideo esse dicitur de iure naturali ».

A défaut donc d'une influence directe du droit romain sur la doctrine thomiste du mariage, en tant que partie de la morale sexuelle on peut cependant constater qu'elle n'en a pas moins été marquée assez profondément par l'adoption des définitions romaines du *ius naturale*[1].

D'abord on peut remarquer que saint Thomas ne range pas le mariage parmi les institutions régies par le « ius gentium », droit naturel spécifiquement humain, qui règle les rapports sociaux entre hommes. La raison en est que cette notion romaine n'a été utilisée par l'auteur qu'après son Commentaire des Sentences, le seul ouvrage où il traite ex professo du mariage. Néanmoins, l'idée était déjà présente dans la distinction entre le droit naturel générique et le droit naturel spécifique l'essence du mariage ou coniunctio est à entendre non pas uniquement d'une union charnelle, animale (fin primaire, générique), mais aussi d'une union spécifiquement humaine, « quaedam associatio viri ad mulierem », en vue d'une aide mutuelle (fin secondaire). Ainsi sont conciliés Aristote, le droit romain et les données de la Foi. Et c'est alors dans ce sens que l'on a pu dire que saint Thomas place le fondement du mariage, non pas tant dans la théorie traditionnelle des biens du mariage, que dans celle du droit naturel[2].

Ensuite alors que juristes et théologiens s'efforçaient d'appliquer la théorie romaine du contrat consensuel au mariage, saint Thomas hésite à le faire[3] ; le seul texte qu'il cite lui est transmis par Gratien et P. Lombard « Chrisostomus dicit Matrimonium non facit coitus sed voluntas[4]. » On sent que sa pensée ne va pas dans cette direction ce qui le frappe dans le mariage, ce n'est pas tant l'union de deux volontés qui en est la cause, que la fin elle-même de l'institution, surtout la fin primaire, fondamentale, la procréation et l'éducation des enfants ; toute son attention est fixée sur elle, et il trouve alors dans la notion romaine de droit naturel, adoptée par l , l'expression de sa pensée[5].

Mais alors de suite sur cette question se greffe un problème qui avait

1. Sur cette importante question de la morale sexuelle de S. Thomas, voir le pénétrant ouvrage de Fuchs, *Die Sexualethik des heiligen Thomas von Aquin*, Köln, Verlag-Bachem, 1949.

2. Fuchs, *op. cit.*, p. 174, résume ainsi la doctrine de S. Thomas étudiée dans les textes : « Die natürliche Gutheit des Geschlechtlichen, indem er sich von Aristoteles bestärken lässt, vorausgesetz, sucht Thomas die natürlichen und objektiven Gesetzes des Geschlechtslebens in sich, also eine materielle Sexualethik, nicht im Geiste der traditionnellen Ehegüterlehre, sondern auf den naturrechtlichen (= naturgesetzlichen) Wegen eines Aristoteles, der Stoa (Cicero) und der römischen Rechtes zu begründen. » (p. 110.)

3. Cf. Le Bras, art. *Le Mariage, op. cit.*, col. 2183 ; le droit romain d'ailleurs ne l'avait pas fait : « Les Romains n'ont jamais appelé le mariage un contrat, ni cherché à lui appliquer les règles des contrats », Le Bras, col. 2182.

4. CS.IV.27.1.2.1 sed contra 1 ; le texte romain suggéré est probablement « nuptias non concubitus, sed consensus facit ». (Dig. 50.17.30). cf. plus haut p. 44.

5. Cette fin est tellement fondamentale, précise S. Thomas à deux reprises, que si Adam n'avait pas péché, le mariage aurait été un état de vie plus parfait que la virginité : « in statu illo (in paradiso) nuptiae simpliciter virginitate honorabiliores fuissent eo quod in nullo integritate mentis laesa, fecunditas carnis in matrimonio, sterilitati virginitatis praevaluisset » (CS.II.20 expos. text.). De même « mutata humanae naturae conditione, virginitas decorem habet » (CS.IV.49.5.3.1 ad 3). De pareils textes sont révélateurs de la haute estime qu'avait le Docteur Angélique pour l'état matrimonial considéré dans sa fin primaire, c'est-à-dire sous l'angle du droit naturel fondamental.

fort préoccupé Pères de l'Eglise, théologiens et canonistes, celui de la polygamie, autorisée par Dieu aux patriarches. Il avait suscité une abondante littérature, des distinctions subtiles, etc...[1]. Saint Thomas dans le Commentaire des Sentences lui trouve une solution élégante et claire dans le cadre de sa doctrine du droit naturel « Pluralitas ergo uxorum quamvis non sit contra ius naturale tertio modo acceptum » (c'est-à-dire au sens d'Ulpien)[2]. » Mais si la polygamie n'est pas opposée à ce droit naturel, elle l'est à ce droit qui découle de lui par mode de conclusions « Pluralitas uxorum dicitur esse contra legem naturae, non quantum ad prima praecepta eius, sed quantum ad secunda, quae quasi conclusiones a primis praeceptis derivantur[3]. » Or, on sait que ce droit dérivé du premier par mode de conclusions rationnelles n'est pas autre chose qu'un droit naturel spécifiquement humain, que plus tard saint Thomas rangera sous le vocable de *ius gentium*.

A ce sujet il faut constater ici que plusieurs données de ce droit spécifique, en particulier l'unité du mariage, n'ayant pas été laissées à l'arbitraire de la raison humaine, ont fait l'objet d'une loi divine positive qui en précise et aggrave l'obligation[4] ; Dieu seul peut alors en dispenser. De fait le péché originel ayant entraîné des conséquences en ce qui concerne la rectitude de la raison et de la volonté humaines, il convenait de renforcer les prescriptions de la loi naturelle qui risquaient le plus d'être affectées par la faute originelle. De telles conclusions rationnelles, ainsi précisées et authentifiées par le Législateur constituent ce que saint Thomas, dans la première forme de sa synthèse, a appelé préceptes seconds. Cette distinction, assez obscure d'ailleurs, entre préceptes premiers et préceptes seconds de la loi naturelle, créée par saint Thomas, n'est employée par lui que dans le Commentaire des Sentences, ayant été abandonnée dans la suite[5] ; peut-être faut-il voir un rapport entre cet abandon et l'adoption, à partir du Commentaire de l'Ethique, de l'idée de « ius gentium », destinée à mettre plus de clarté dans le contenu divers de la loi naturelle ; un tel changement serait alors révélateur du rôle dialectique joué par le droit romain dans le progrès de la synthèse thomiste.

En tout cas, si cette distinction entre préceptes premiers et seconds, source de bien des difficultés d'interprétation, a été retenue par la tradition postérieure, elle le doit probablement à une circonstance fortuite ; celle de se trouver dans les passages du IV[e] livre du Commentaire des Sentences, qui ont été arbitrairement accolés à la Somme Théologique inachevée, sous le nom de Supplément. Ainsi ces textes, datant du début de la vie professorale de saint Thomas, et faisant partie de sa première tentative de synthèse, du fait de cette pieuse opération, se sont vus greffés à un ensemble doctrinal fruit de vingt années de réflexion et exprimant la pensée ultime de l'auteur ; ils n'ont

1. Cf. LE BRAS, *Le Mariage*, art.cit., col. 2175 et suiv.
2. CS.IV.33.1.1 ad 4.
3. CS.IV.33.1.2 cor.
4. *Id.*, « lex autem de unitate uxoris non est humanitus, sed divinitus instituta ».
5. Cf. D. LOTTIN, *Le droit naturel*, *op. cit.*, p. 77 et 102.

pu alors que bénéficier de l'autorité attachée à celle-ci. On ne voit pas alors de motifs pour conserver cette distinction qui doit sa survivance, non pas à saint Thomas qui l'a abandonnée, mais à une méprise de quelques-uns de ses interprètes[1].

Si cette explication de la polygamie est un exemple de la fécondité de la distinction entre ius naturale et ius gentium appliquée au mariage, il n'en reste pas moins que celui-ci est avant tout défini pour saint Thomas par sa fin primaire.

Et c'est à ce sujet que se révèle, non par l'utilisation de citations nouvelles, mais par les conséquences logiques qui en découlent, toute l'importance de l'adoption des idées romaines. Saint Thomas aurait très bien pu s'en tenir à la doctrine aristotélicienne du droit naturel qui coïncidait en gros avec l'idée de Gaius. Mais il a compris tout le parti qu'il pouvait tirer de la division tripartite d'Ulpien. Son réalisme foncier se trouvait à l'aise dans ces formules qui n'avaient pas manqué de choquer d'autres grands esprits, dans leur assimilation de l'homme à l'animal (telle l'expression « partus sequitur ventrem »)[2].

Certes ce droit naturel, dans l'homme, reçoit sa spécification rationnelle, il se réalise différemment en lui et en l'animal ; mais ses exigences fondamentales sont communes. Il faut cependant remarquer que la priorité de ce droit ne vaut pas pour tous les domaines de la vie humaine.

En cela saint Thomas suit de très près la conception attribuée à d'Ulpien : seule la vie sexuelle et ses suites (coniunctio maris ac feminae, procreatio, educatio...) ressortent de ce droit. Certes « il reconnaît que dans l'ordre de l'être et de la perfection c'est le droit typiquement humain (celui d'Aristote, de Gaius) qui a la priorité. Mais dans une vue génétique qui scinde le cosmos et le sexuel, c'est le droit générique, animal, celui de la sexualité, qui a la priorité. (Ulpien.) C'est ce naturel total, fondamental, « ordo prior et stabilior », que tout le reste

1. C'est aussi ce que souhaite D. LOTTIN, *op. cit.*, p. 102. La survivance de cette division est un exemple des confusions causées par cette tentative (du Supplément de la Somme) où la pieuse intention n'a pas compensé l'absence d'esprit critique, comme le remarque l'éditeur du tome XII de l'édit. léonine (p. XX). La Somme Théologique donne par contre au sujet du problème de la dispense des préceptes de la loi une doctrine qui rend inutile le recours à la distinction incriminée (ST.I.II.100.8) les préceptes qui contiennent l'intention du législateur ne peuvent pas obtenir dispense, au contraire de ceux qui sont ordonnés aux premiers, déterminant certains modes spéciaux.

2. Cf. p. 67. On peut joindre à cette question de la polygamie, celle de l'indissolubilité du mariage, qui selon S. Thomas ne découle pas du droit naturel primaire, mais fait aussi partie des préceptes seconds, au même titre que l'unité du mariage. L'indissolubilité du mariage est donc une conclusion rationnelle du droit naturel. Le motif rationnel qui opère la déduction n'est qu'une simple convenance : transmettre par héritage à l'enfant les biens acquis r les parents : « parentes filiis thesaurizent et filii parentum haeredes sint » (CS.IV.33.2.1 co), ou bien « inseparabilitas enim matrimonii non ordinatur ad prolis bonum, nisi quantum ad hoc quod per parentes filiis provideri debet in totam vitam per debitam praeparationem eorum quae sunt necessaria in vita » (CS.IV.33.2.2.1 co). En un mot il ne faut pas attendre du droit naturel une justification complète de l'indissolubilité et de l'unité du mariage ; les seules données qu'il révèle sont de simples indications. Ce n'est que par l'élévation du mariage à l'état de sacrement que ces propriétés reçoivent leur complète justification.

A propos de ces considérations, il faut remarquer la manière dont S. Thomas l time la législation de Justinien qui autorisait l'entrée en religion de la part d'un conjoint, même après mariage consommé la loi civile, dit S. Thomas, n'envisage le mariage qu'en tant que « officium naturae » et non comme sacrement « secundum quod est sacramentum ex quo habet omnimodo indissolubilitatem » (CS.IV.27.1.3.1 ad 1).

complète, parfait mais sur lequel tout repose »[1]. On comprend alors que saint Thomas ait placé avec tant d'insistance la procréation comme fin primaire du mariage, conception qui a reçu l'approbation de l'Eglise. En un mot c'est le droit naturel d'Ulpien qui entre comme pièce maîtresse dans la morale sexuelle chrétienne.

Une autre conséquence de cette adoption du droit naturel est la définition du péché contre nature ce péché ne se définit objectivement, non tant comme une infraction à l'ordre de la raison, que comme une violation des exigences de la nature, entendue au sens le plus strict du mot, la nature animale (strictissimo modo)[2], c'est-à-dire la nature qui pousse les hommes comme les animaux vers le rapprochement des sexes[3].

A première vue, la lecture des œuvres de saint Thomas révèle un intérêt assez soutenu pour l'idée d'esclavage. Elle est souvent apportée en exemple dans les doctrines les plus variées, comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents. Mais ici le droit romain n'a pas joué de rôle essentiel. En effet, il ne faut pas perdre de vue que lorsque saint Thomas emploie le mot *servus* il ne l'entend pas au sens d'esclave, mais de serf et c'est toute l'institution médiévale du servage qui est en vue ; le même mot recouvrant deux réalités différentes, il est naturel que ce soit celle de son temps qui soit visée par le théologien du XIII[e] siècle. Et c'est là un domaine où la pensée de notre auteur dépend le plus des conditions économiques et sociales de son milieu.

Toute préoccupation historique est en général étrangère à sa pensée ; l'étude du passé ne l'intéresse pas en elle-même, mais seulement comme moyen d'atteindre le vrai. S'il cite alors un texte se rapportant à une institution périmée il y met un autre contenu, celui en cours à son époque. Cette remarque a été faite par les historiens de la pensée thomiste, en particulier pour sa manière dont il interprète Aristote ; « Saint Thomas a lu Aristote dans l'ensemble et dans les détails avec les yeux d'un homme du Moyen Age[5]. » Cette remarque a son utilité ici. Car

1. FUCHS, *Die Sexualethik*, *op. cit.*, p. 112 (c'est nous qui traduisons).

2. Le plus strict, le plus étroit, non pas en extension, comme l'imagine GRANERIS (*Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, *op. cit.*, p. 105), car la nature spécifique humaine l'est encore plus ; mais plus étroit en compréhension, c'est-à-dire dans les notes constitutives du concept.

3. Certes comme tout péché, celui contre nature n'est péché que parce qu'il est un désordre reçu par la raison ; mais la matière de ce désordre, qui le constitue comme tel, objectivement, est antérieure à la raison. Sur la définition de ce péché S. Thomas s'opposait à S. Albert le Grand et à la doctrine des pénitentiels, cf. FUCHS, *op. cit.*, 152.

4. Sur l'esclavage, bon résumé dans ALLART, art. *Esclavage*, dans le *Dictionnaire apologétique de la Foi catholique*, 4[e] éd. Paris, Beauchesne, 1925, I, col. 1458-1522 ; sur S. Thomas, c. 1495-1499 ; de même TALAMO, *Il concetto della schiavitù da Aristotele ai dottori scholastici*, Rome, 1908.

5. LINHARD, *Die Sozial-Prinzipien*, *op. cit.*, p. 19 ; qui écrit plus loin : « Thomas auch die Grundzüge mittelalterlicher Gesellschaftswirklichkeit und Gesellschaftsauffassung in den Aristotelestext hineingelesen und hineingearbeitet hat. » S. Thomas a été un obser-

c' t surtout Aristote qui est sa source doctrinale dans la question de l'esclavage ; mais un Aristote adouci et tempéré ; saint Thomas ne pouvait pas, en effet, admettre les théories rigoureuses du philosophe grec sur l'esclavage[1]. Il s'en est donc dégagé ; mais pas autant peut-être qu'il l'aurait fallu ; l'influence d'Aristote a pesé sur lui et l'a rendu sur ce point plus timide que d'autres auteurs de son temps[2]. Mais ce qui nous intéresse ici, dans cette atténuation d'Aristote, est de voir le rôle qu'y joue le droit romain. Car c'est lui qui fournit à saint Thomas le moyen de sauver Aristote, d'en faire un Aristote acceptable dans un monde chrétien qui ne connaît plus l'esclavage antique dans sa rigueur.

On se souvient des remarques de Dom Lottin sur l'utilisation du droit romain par saint Thomas pour sauver l'autorité d'Isidore en contradiction avec lui-même. Ici le cas est un peu similaire. Pour cela saint Thomas n'aura pas grand effort à faire ; l'essentiel est déjà réalisé ; c'est-à-dire l'harmonisation d'Aristote avec le droit romain sur la question du droit naturel. On a vu, en effet, que le « ius naturale » d'Aristote, grâce à un procédé dialectique, avait été déclaré par saint Thomas recouvrir les « ius naturale » et « ius gentium » d'Ulpien ; selon les besoins il pouvait alors désigner l'un ou l'autre. Grâce à cela il lui est alors facile de sauvegarder l'autorité d'Aristote. Certes « servitus inter homines est naturalis... ut Philosophus probat[3]. » Mais, ici, ce « ius naturale », explique saint Thomas, est à entendre au sens de « ius gentium », de droit proprement humain (ius naturale secundo modo) « et ideo servitus pertinens ad ius gentium est naturalis secundo modo »[4]. Cette explication a l'avantage de ménager le sens chrétien de la dignité humaine qui répugne à voir dans l'esclavage une institution naturelle

valeur attentif des réalités de son temps, Linhard le démontre par de nombreux textes contre Von HERTLING (*Augustinus-Citate bei Thomas von Aquin, op. cit.*) qui se refuse à voir dans les écrits de S. Thomas des allusions aux réalités médiévales. Sur cette dépendance historique les vues de MAURENBRECHER (*Thomas von Aquinos Stellung zum wirtschaftsleben seiner Zeit*, Leipzig, Weber, 1898) gardent toujours leur valeur et ont été confirmées par les historiens plus récents, tels LINHARDT, *op. cit.*, p. 35 et suiv., ou F. SCHREYVOGL, *Ausgewählte Schriften zum St ts-und Wirtschaftslehre des Thomas von Aquin*, Iena, 1923, p. 294.

1. Résumé de la théorie d'Aristote dans ALLART, art. cit., col. 1468 : « il y a des hommes naturellement esclaves, aussi inférieurs aux autres que le corps l'est à l'âme, la brute à l'homme... » « — le rapport existant entre le maître et l'esclave est celui de l'ouvrier à l'outil » (cf. Ethique à Nic. VIII.11.6). On a cependant souvent exagéré la portée des textes d'Aristote sur l'esclavage ; c'est ce que fait remarquer M. Prélot dans la nouvelle traduction qu'il vient de donner de la Politique d'Aristote, P.U.F. Paris, 1950, 18 ; dans le même sens M. DEFOURNY, *Aristote, Etude sur la politique*, Paris, 1932, pp. 37 et 38.

2. Cf. ALLART, art. cit., col. 1496. « Moins hardi que quelques-uns de ses contemporains, saint Thomas considère comme fausse la doctrine professée par ceux-ci. qu'un chrétien ne peut être esclave. Tous les hommes sont égaux, dit-il ; mais l'ordre veut qu'il y en ait qui servent les autres. » Sur l'attitude des juristes à propos de l'esclavage cf. R.W. et A.J. CARLYLE, *A History, op. cit.*, II, p. 54 et suiv. : les glossateurs du droit romain en arrivent à égaler esclave et homme libre. On sait que sur ce point le stoïcisme, plus libéral que Platon et Aristote, a fortement influencé le droit romain, sans parler de l'influence du Christianisme sur la législation justinienne ; cf. MONIER, *op cit.*, I, p. 210. Sur les canonistes, qui traitent assez longuement de la théorie de l'esclavage, voir O. SCHILLING, *Die Staats-und Sozial., op. cit.*, p. 274.

3. ST.II.11.57.3 obj. 2.

4. *Id.*, ad 2.

(créée par Dieu), et à la fois de concilier Aristote avec un texte que saint Thomas avait eu devant les yeux dès le Commentaire des Sentences « et in principio Digestorum dicitur quod servitus non est de iure naturali[1]. » En un mot c'est l'introduction de l'idée de *ius gentium* qui sauve tout « Là aussi dans la doctrine de saint Thomas sur l'esclavage, le concept de « ius gentium » devient la véritable norme[2]. »

Saint Thomas peut désormais étudier en détail la condition juridique de l'esclave[3], la difficulté fondamentale est levée ; c' t le droit romain qui a fourni le moyen de concilier (au moins doctrinalement, le Moyen Age se contente de cela)[4], la conception rigoureuse d'Aristote sur l'esclavage (qui a en fait prévalu) et celle du Christianisme et du stoïcisme. Entre Aristote tenant de l'origine naturelle de l'esclavage et le stoïcisme partisan d'une origine purement légale, civile, saint Thomas continue dans la voie tracée par les juristes romains et comme eux emploie les mêmes méthodes : « Par là chez lui, de même que dans le droit romain, la doctrine stoïcienne est dépouillée de toute signification pratique, réduite à un idéal vaporeux[5]. »

En cela encore saint Thomas montre l'importance qu'avait pour lui le droit romain, considéré soit en lui-même, soit dans les procédés exégétiques de ses commentateurs[6].

3° *LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE*

Cette question présente bien des traits communs avec celle de l'esclavage ; là aussi le droit romain n'a pas exercé d'influence directe ; cependant il n'en a pas moins été grandement utile à saint Thomas.

Ce n'est pas le lieu de rappeler ici, même brièvement, la doctrine de saint Thomas sur l'origine et la nature du droit de propriété[7], encore

1. Le texte du Digeste auquel saint Thomas renvoie est Dig. I.1.4 « cum, iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota nunumissio, cum servitus esset incognita » ; cette citation se trouve dans CS.IV.36.1.1 obj. 3.

2. MAURENBRECHER, *Th. v. Aq. Stellung*, *op. cit.*, p. 83. Maurenbrecher est un d premiers auteurs à avoir attiré l'attention sur l'importance de l'idée de « ius genti » chez S. Thomas.

3. Ainsi : le serf fait partie du patrimoine, « possessio quaedam » (ST.II.11.61.3 cor) ; cependant cette dépendance n'affecte que le corps du serf « secundum corpus servi sunt quaedam res dominorum » (ST.II.11.108.4 ad 1) ; le serf est donc exclu de la « civitas » (comme les femmes) aux lois de laquelle il n'est pas soumis (influence aristotélicienne) (ST.I.11.98.6 ad 2) ; l'esclave doit faire tout ce qu'on lui commande (ST.II.11.106.3 ad 4, (ST.I.11.98.6 ad 2) ; l'esclave doit faire tout ce qu'on lui commande (ST.II.11.106.3 ad 4, (ST.I.11.98.6 ad 2) ; l'esclave doit faire tout ce qu'on lui commande (ST.II.11.106.3 ad 4, citation de Sénèque) ; il est l'instrument de son maître (ST.I.11.20.6 ad 3) ; il est soumis toute sa vie à son « imperium » (ST.II.11.10.10 ad 3) ; il lui doit vénération et obéissance (ST.II.11.103.3 cor.). On remarquera que cette doctrine est généralement exposée par S. Thomas dans la Somme Théologique, donc vers la fin de sa vie.

4. CHENU, *Introduction...*, p. 135.

5. MAURENBRECHER, *Thomas v. Aquinos Stellung*, p. 82-83.

6. CHENU, *op. cit.*, p. 123.

7. Un résumé substantiel de la doctrine thomiste de la propriété est donné par SPICQ, *La Justice*, *op. cit.*, II, pp. 302 et suiv. avec bibliographie.

On peut aussi lire l'ouvrage important de HORVATH, *Eigentumsrecht nach dem hl. Thomas von Aquin*, Graz, Moser, 1929. Cet ouvrage a déclenché une importante pol ique qui a suscité une abondante littérature ; sur celle-ci, cf. *Bulletin thomiste*, 1932, pp. 503-506. On verra dans la suite du chapitre la légitimité d'une réaction contre une interprétation trop routinière de la doctrine scolastique.

moins la doctrine de ses prédécesseurs et surtout la délicate question du « communisme » des Pères[1]. Le fait est que les canonistes médiévaux, suivis par les théolo ens, ont développé la thèse du « communisme » de droit naturel et le rattachement de la propriété privée au péché originel. Il est démontré que les textes patristiques, sur lesquels ils se basaient, ont été l'œuvre de faussaires, tel le fameux passage pseudo-clémentin, rapporté par Gratien, et qui eut si grande fortune « Ut dicit Clemens papa, in cap. Dilectissimus Communis usus omnium quae in hoc mundo sunt omnibus esse debuit, sed per iniquitatem alius dixit hoc esse suum et alius istud et sic inter mortales facta est divisio[2]. »

Aussi comprend-on que si pour l'esclavage une conciliation des « auctoritates » était à faire, ici le problème était beaucoup plus simple : «La morale patristique était parfaitement d'accord avec le principe aristotélicien : la propriété doit être commune tout en restant particulière (Polit.II.2 ; ST.I.II.105.ad 2). Quelle convergence idéale pour l'Aquinate qui recueille l'une et l'autre tradition et doit leur donner leur expression définitive[3]. » C'est justement de cette expression définitive que le droit romain va fournir l'élément essentiel. La voie était d'ailleurs tracée ; en effet la plupart des juristes médiévaux rattachaient la propriété privée au *ius gentium*[4]. Saint Thomas s'engage dans leur suite : « secundum ius naturale non est distinctio possessionum... sed iuri naturali superaditur per adinventionem rationis humanae...[5] » Et ce qui est ajouté au droit naturel, par mode de conclusions rationnelles, n'est pas autre chose que le *ius gentium*, auquel saint Thomas attribue explicitement la propriété privée[6].[7] Ainsi donc l'adoption

1. Sur le « communisme des Pères » on trouvera les principaux textes dans SCHWALM, art. *Communisme*, dans le *Dict. de Théologie cathol.*, III, col. 582 et suiv. et une judicieuse mise au point des principaux passages incriminés, par S. GIET, *La doctrine de l'appropriation des biens chez quelques-uns des Pères*, dans *Recherches de Science religieuse*, 1948, pp. 54-91 : les Pères ont affirmé la destination commune des biens de la terre ; cette affirmation s'allie avec le respect de la propriété privée, dans un sentiment de détachement effectif.

2. Ce texte est dans : écret, Ca. 12.1.2 ; la glose cite Cicéron et Aristote en confirmation ; de même cf. Di. 1.7 et suiv. : « iure naturae sunt omnia communia omnibus ...iure vero consuetudinis vel constitutionis hoc meum est, illud alterius », ou Di.8. 1. « tolle iura imperatoris et quis audet dicere : haec villa mea est, meus est iste servus... ? Ce texte est de S. Augustin (cf. Giet, p. 78). Sur le communisme chez les théologiens et canonistes médiévaux, voir l'article récent de L. de SOUSBERGHE, dans *Nouvelle Revue Théologique*, 1950, pp. 580-607 *Propriété « de droit naturel ». Thèse néo-scolastique et tradition scolastique.*

3. SPICQ, *La Justice*, III, p. 312.

4. R.W. et A.J. CARLYLE, *A History*, *op. cit.*, II, 42 et suiv.

5. ST.II.II.66.2 ad 1.

6. ST.II.II.57.3 co ; *id.*, I.98.1 ad 3.

7. Sans avoir traité ex professo des modes d'acquisition de la propriété, S. Thomas les connaît cependant : occupation (ST.II.II.66.2 ad 2 ; ST.II.II.66.5 ad 2) ; accession (Comment. Job, 21.1 ; Job. 20.2) ; usucapion (Quodlib. XII, 24) ; contrats (CS.IV.38.1. 3.2 cor.) ; héritage (CS.IV.38 expos. text. ad 2 ; ST.I.II.105.2 ad 2 ; Quodl. VI/13) ; travail (ST.II.II.187.3 ; De Veritate, 27.7 ; Quodlib. VII.17).

Traitant de l'occupation, à propos du péché de vol (ST.II.II.66.5 ad 2), S. Thomas fait explicitement allusion à des textes romains ; il distingue trois cas d'occupation (inventio) : *a)* celle des choses qui n'ont jamais eu de propriétaire, « *sicut lapilli et gemmae et cetera quae inveniuntur in littore maris* », transcription presque littérale du texte des Institutes « lapilli et gemmae et cetera quae in littore inveniuntur » (Ins. 2.1.18 ; *id.*, Dig. I.8.3) ; ces choses appartiennent au premier occupant.

de la division romaine du droit en *ius naturale* et *ius gentium* a montré sa fécondité en permettant à saint Thomas d'unifier en une synthèse harmonieuse des courants doctrinaux d'origine diverse.

Cependant une ombre restait au tableau ; un centre de résistance s'avérait difficilement réduisible il s'agissait de tout un courant traditionnel d'idées qui se manifestait surtout à propos de l'origine de l'esclavage et de la propriété privée. Nous avons déjà fait allusion à un groupe de canonistes et théologiens qui faisaient intervenir le péché originel dans le concept même de droit naturel. Beaucoup de canonistes (le juriste Irnerius même), à la suite de Gratien, s'ils refusaient à la propriété privée une origine naturelle, en faisaient une conséquence du péché originel[1], au même titre que l'esclavage. Aussi cette conception assez courante (Rufin, Etienne de Tournai, S. Bonaventure) voyait dans le « ius gentium » un droit naturel déchu[2], obnubilé par la faute des premiers parents ; en une telle doctrine le concept même de droit naturel risquait fort de perdre tout contenu efficace et de devenir synonyme d'idéal pratiquement irréalisable. Que devenait alors le caractère essentiellement juridique, obligatoire, des préceptes du droit naturel, de ce droit qui n'admettait aucune dispense et qui devait être la source de l'obligation des autres droits ? Car *ius naturale* est pour saint Thomas la réalité fondamentale qui est à la base de l'activité humaine, à laquelle il confère la valeur de justice. On comprend la gravité du problème posé par cette conception, gravité peu entrevue souvent par les commentateurs de saint Thomas. Telle quelle saint Thomas ne pouvait pas intégrer cette idée dans son système. Celui-ci construit sur un plan avant tout « essentiel », rationnel, pouvait assez difficilement tenir compte d'un élément aussi « existentiel »,

b) Le cas du trésor dont il n'y a plus de propriétaire ; il appartient au premier occupant, sauf s'il est découvert dans le fond d'autrui « nisi quod secundum leges civiles teneatur inventor medietatem dare domino agri, si in alieno agro invenerit (ad 2) et « hoc videtur esse licitum secundum *naturalem aequitatem* ; ut iuristae dicunt (obj. 2), non moins nette allusion à Inst. 2.1.39 « naturalem aequitatem ».

c) Les biens abandonnés par leur propriétaire. Ici le cas est plus délicat, car il faut être certain de cette intention d'abandon, sinon il y a vol. S. Thomas se plaçant uniquement au point de vue moral déclare que l'occupant ne commet pas de vol dans deux cas seulement : 1° si, pensant que la chose n'est pas abandonnée, il a l'intention de la restituer ; 2° si, croyant qu'elle est abandonnée, il la garde ; on il y a vol (ad 2).

Pour S. Thomas le vol comprend : un fait matériel (surreptio rei alienae), et un élément moral, l'intention de se l'approprier (animus retinendi), et enfin un acte frauduleux (quaedam specificatio fraudis, ST.II.11.118.8 ad 3). On reconnaît dans ces caractéristiques qui distinguent le vol de la « rapina » (usage de la violence, ST.II.11.66.4), les éléments du vol défini par Justinien (contrectatio rei fraudulosa, lucris faciendi gratia), Dig. 47.2.1, p. 3 ; on sait que le dernier élément (lucris faciendi causa) a été introduit par Just' ien (interpolation) dans la définition de Paul. C'est à cette dernière définition qu'en est resté Isidore de Sév. (Etym., V, 26), que S. Thomas dépasse donc. Cependant parlant en théologien, S. Thomas ne distingue pas l'animus furandi de l'animus lucrandi, comme le fait Justinien, par ex. à propos de l'occupation des choses abandonnées (Dig. 47.2.43, par. 4, 5 ; cf. MONIER, *Manuel*, II, p. 52), doctrine qui est bien résumée par Jean le Teutonique dans sa glose (sur Ca. 14.5.6 (4) — si quid invenisti). La similitude d'expression insinue que S. Thomas a connu les Instit. (pro derelictis habeantur) ; de plus il connaît la loi punissant la rapine plus gravement que le vol (ST.II.11.66.9 sed c.), lequel n'est pas puni de mort (ST.II.11.66.6 ad 2).

1. CARLYLE, *op. cit.*, II, 336.
2. SCHILLING, *op. cit.*, p. 260.

d'un fait historique, tel que le péché originel[1]. Aussi ne rencontre-t-on chez lui que peu d'allusions à cette idée d'un *ius gentium* qui ne serait autre qu'un *ius naturale* déchu. Par exemple l'esclavage, institution du *ius gentum* est déclaré être une punition du péché originel[2]. Quant au communisme originel dont parlaient les Pères et Gratien, saint Thomas l'accepte alors comme un idéal de la nature innocente auquel s'oppose le « ius gentium » considéré comme le droit actuel (in statu isto)[3].

De la sorte le communisme originel ressort d'un droit naturel latent qui ne devient valable que dans quelques situations particulières (extrême nécessité, aumône...) ; il est aussi un idéal de perfection dans l'ordre de la grâce[4] ; en un mot le communisme originel est pour notre auteur une tendance, une indication, sans plus ; ou mieux : la communauté des biens est de droit naturel, mais sans aucun caractère obligatoire, en sorte que la propriété privée n'y est pas opposée.

De toutes façons saint Thomas s'est toujours refusé à voir dans la propriété privée une sorte de punition ou même simplement de suite du péché, comme l'entendaient généralement les théologiens franciscains[5]. Il n'a pas voulu aller jusqu'à cette extrémité qui l'aurait trop placé en dehors des perspectives de sa philosophie du droit, et aussi de l'apport fourni par le droit romain.

Ce qu'on peut reconnaître, c'est que saint Thomas a éprouvé une certaine gêne devant ce courant d'idées[6]. Déjà l'étude de la polygamie nous avait révélé une première obscurité dans sa pensée sur la distinction entre préceptes premiers et seconds, difficulté provoquée par la nécessité de tenir compte des données de la Foi. Ici c'est une hésitation devant la question de l'esclavage et de la propriété privée, hésitation à gauchir de concept même de « ius gentium » dans le sens d'un droit déchu. Malgré toute la fidélité qu'il leur conserve, Aristote et Ulpien ne sont pas parvenus à lui faire oublier Isidore et Gratien[7].

1. Ceci n'est peut-être qu'un cas parti lier du problème plus général de l'intégration du fait de la Rédemption comme tel dans le plan de la Somme Théologique.

2. CS.II.44.2.2 ad 2 ; CS.IV.36.1.1 ad 2 ; ST.I.96.4.

3. ST.I.98.1 /ad 3 ; ST.II.11.66.7.

4. ST.II.11.185.6 ; Contra Gentiles, III.133.

« Le régime de la propriété privée est, pour S. Thomas, un pis-aller régime adapté aux tares d'une humanité paresseuse, apte à la jouissance, peu respectueuse des droits de chacun comme peu soucieuse du bien commun », dans HENRY, *Thomisme et propriété privée*, dans *Collectanea Mechliniensia*, t. XVIII, 1929, p. 548, cité par SPICQ, *La Justice*, II, p. 317, note 1.

5. LINHARDT, *Die Sozial-Prinzipien*, *op. cit.*, p. 207 donne à ce communisme le qualificatif de « négatif originel » ; L. de Sousberghe, dans une interprétation concordante dit de même « la communauté primitive des biens est pure communauté négative » (art. cit. p. 585) ; cf. ST.I.11.94.5 ad 3 « aliquid dicitur esse de iure naturali dupliciter. Uno modo, quia ad hoc natura inclinat... alio modo, quia natura non induxit contrarium. Et hoc modo « communis omnium possessio, et omnium una libertas » dicitur esse de iure naturali : quia scilicet distinctio possessionum et servitus non sunt inductae a natura, sed per hominum rationem, ad utilitatem humanae vitae ».

6. LINHARDT, *op. cit.*, p. 210.

7. On sait l'oubli complet dans lequel est tombé la doctrine scolastique sur la propriété privée, bien qu'elle ait été encore représentée par les grands théologiens d'après la Renaissance (Lessius, Molina, Vasquez). Peut-être en faut-il chercher la cause dans l'insuccès de la justification rationnelle tentée par S. Thomas, en rattachant la propriété

En conclusion de ce chapitre nous devons reconnaître le mérite de saint Thomas d'avoir intégré dans sa doctrine les définitions des juristes romains. Et quand on sait tout le rayonnement de la synthèse thomiste dans la suite des siècles, on doit constater que par là elle a contribué au maintien du prestige de ces vieilles conceptions, tout au moins en ce qui concerne l'esprit qui les animait[1]. Ce mérite a porté principalement sur l'édification d'une théorie cohérente du droit naturel[2], et surtout de l'avoir fait dans un esprit véritablement juridique, c'est-à-dire en maintenant au droit naturel toute son efficacité, en mettant en lumière son caractère contraignant et en faisant de lui la source, prochaine ou éloignée, de toute obligation juridique.

privée au *ius gentium*, orientation abandonnée par ses successeurs qui continuèrent à suivre la voie du rattachement de la propriété privée au péché originel ?

Le fait est que la doctrine scolastique, par un étrange renversement des choses, n'eut plus dans les temps modernes, en fait de représentants (inconscients du fait probablement) que Montesquieu, Grotius ou Puffendorf ! La renaissance néo-scolastique du XIX^e^ siècle (amorcée pour ce qui est de la philosophie du droit par Taparelli et Liberatore) a ignoré la tradition médiévale et s'est engagée (inconsciemment aussi) dans la voie ouverte par Locke en proclamant la propriété de droit naturel. L'évolution de toute cette question est remarquablement esquissée par L. de Sousberghe dans l'article cité : « Quand Taparelli s'en prend à la théorie de Montesquieu que « les hommes ont renoncé à la communauté des biens pour vivre sous les lois civiles », il ne reconnaît pas la formule de Vasquez et de nombreux scolastiques contemporains. Quand Liberatore s'en prend aux protestants : Heineccius, Grotius, Puffendorf, il ne semble pas se douter que c'est aux formules les plus traditionnelles de la scolastique qu'il s'attaque. » (p. 594.) L'auteur essaie d'apporter un essai de conciliation, des arguments rationnels, tenant compte des conditions nouvelles, pour tenter de rattacher à la tradition la doctrine néo-scolastique que l'Eglise a adopté officiellement. L'auteur ne semble pas connaître l'œuvre de HORVATH *(Das Eigentum, op. cit.)*, discutable certes, mais importante. Il ne faut pas oublier qu'un des premiers à réagir contre les conceptions reçues (en particulier contre Cathrein et Biederlack) fut F. Landmesser, qui dans une série d'articles parus dans *Die schöne Zukunft* à Vienne (1928-1929) dénonça la méprise, au nom de la doctrine scolastique traditionnelle. Enfin dans le prolongement de l'art. de L. de Sousberghe, on peut lire la récente étude de von Krasinski O.S.B. *Uber die Krisis des modernen Sondereigentumsbegriffes*, dans *Freiburger Zeitsch. f. Phil. u. Theol.*, 1954/1, pp. 64-87.

Nous pouvons ajouter un élément de conciliation : comme il a été dit plus haut en conclusion de l'examen des « ius positivum et ius civile » il faut prendre garde de ne pas entendre le « ius naturale » de S. Thomas au sens que ce mot a eu et conserve couramment, celui de droit naturel spécifiquement humain, alors que S. Thomas l'emploie souvent au sens générique d'Ulpien. Il est alors évident que la propriété privée, fait typiquement humain, ne peut pas remonter au droit naturel ainsi entendu, et il devient normal de la rattacher au « ius gentium », droit qui peut devenir positif, s'il est l'objet d'une loi ; le texte de S. Thomas est clair : « Unde proprietas possessionum non est contra ius naturale sed iuri naturali superadditur per adinventionem rationis humanae. » Il est alors évident que la position de S. Thomas ainsi comprise à la lumière de son utilisation du droit romain, n'est plus tant éloignée de la position catholique actuelle, qui par droit naturel entend le droit spécifiquement humain (*ius gentium* de S. Thomas). Il ne faut pas oublier non plus dans cette question le changement complet de point de vue : S. Thomas place le problème de la propriété privée sur un plan avant tout théologique et religieux, alors que nous devons actuellement tenir compte des données de l'histoire et de la sociologie ; de même les modifications radicales de l'ordre social et économique depuis sept siècles, ont entraîné un changement de perspective qui exige une élucidation plus approfondie du contenu objectif du droit naturel. Nous pouvons aussi ajouter une dernière remarque, le mot *ius* est employé de façons différentes par les modernes et par S. Thomas. Pour les premiers, il désigne avant tout le pouvoir moral, la faculté d'agir, ou la loi. Pour S. Thomas *ius* désigne avant tout la chose juste elle-même ; celle-ci considérée en elle-même n'exige pas la propriété. Le problème se pose donc différemment.

1. La lecture des théologiens qui ont suivi S. Thomas montre bien le changement opéré, par rapport aux prédécesseurs.

2. C'est ce que reconnaît GIERKE dans sa grande œuvre, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, Berlin, 1881, p. 610.

Cette tentative, prolongement de la pensée et de la méthode d'Aristote, coïncidait avec l'esprit du droit romain. Et ce mérite est d'autant plus évident que nombre de théologiens et canonistes, comme on l'a vu, prolongeant une vieille idée stoïcienne, reléguaient le droit naturel sur un plan historique, en un stade idéal qui lui enlevait toute efficacité pratique, conception qui est d'ailleurs à la base de certaines formules du droit romain[1] et que saint Thomas n'a pas pu éluder complètement. Et le curieux en toute cette histoire est de constater que pour rester fidèle à Aristote dans la notion d'un droit naturel applicable à tous les temps, d'un droit toujours actuel, il a fait appel à une formule du droit romain, assez inattendue pour jouer ce rôle, celle d'Ulpien ; en effet, cette idée de communauté avec les animaux, assez courante dans la spéculation grecque[2], avait une saveur plus philosophique que juridique, et comme telle ne pouvait guère présenter d'utilité pour un juriste, surtout au point de la faire entrer dans une définition rigoureuse du droit naturel. Cette communauté avec les animaux, qui dans le texte d'Ulpien se présente comme le vestige d'une vieille théorie philosophique, devient pour notre auteur l'expression d'une tendance naturelle toujours valable. Et le choix de cette formule a probablement été dicté par l'intention de donner à la synthèse juridico-théologique la base philosophique la plus large. Ce choix montre surtout une volonté bien établie de ne rien laisser perdre de l'apport romain, quitte à se montrer quelque peu infidèle envers la lettre pour en sauver l'esprit. C'est un exemple typique de cette exégèse médiévale, de cette méthode dialectique dont l'examen fera l'objet du chapitre suivant.

Il faut cependant reconnaître que cet effort, pour remarquable qu'il fut, n'entraîna pas l'adhésion générale. En effet, l'idée d'un droit naturel de type générique, distinct donc par là de la notion de loi naturelle, n'a pas toujours été comprise ni même admise dans la suite (on l'a vu à propos de l'origine de la propriété privée) ; les juristes et les théologiens n'en ont pas gardé grand'chose, et c'est aux traits généraux de la doctrine thomiste du droit naturel, d'un droit toujours valable, situé sur un plan non historique, mais juridique, que l'on a préféré s'en tenir, par un retour au dualisme d'Aristote et de Gaius (droit naturel humain — droit légal ou civil)[3].

Quant à la doctrine de saint Thomas sur le *ius gentium*, son sort a été encore moins heureux. De fait, si l'idée d'un tel droit trouvait son emploi juridique dans la définition stoïcienne, sous la forme d'un droit naturel déchu, donc du seul droit pratiquement utilisable, son inté-

1. Sur toute cette question, cf. l'article très suggestif de M. VILLEY, *Logique d'Aristote et droit romain*, dans *Rev. hist. du dr. franç. et étr.*, 1951, p. 309-328, qui indique S. Antonin comme un exemple du courant de pensée chrétienne qui interprétait la formule d'Ulpien en un sens stoïcien (p. 322).

2. SENN, *op. cit.*, p. 63, 67, 69...

3. C'est bien le cas pour la doctrine catholique actuelle du droit naturel ; cf. plus haut, p. 119, ainsi que Ulrich STUTZ, *Der Geist des Codex Iuris Canonici*, 1918, Stuttgart, p. 181, et surtout Adolf LANDOLT, *Das Naturrecht im Codex Iuris Canonici*, Bâle, 1951, p. 23 et suiv., et p. 53.

gration était bien plus délicate dans la conception aristotélicienne du droit naturel. Car en maintenant à ce dernier son rôle juridique de norme toujours actuelle, il devenait difficile de caser honorablement le *ius gentium* dans la même perspective ; il n'y avait alors plus qu'une solution scinder le droit naturel d'Aristote selon les diverses couches ontologiques incluses dans l'idée de nature, pour y faire correspondre le *ius naturale* et le *ius gentium* d'Ulpien[1].

C'était peut-être un peu compliquer les choses. Effectivement on a vu plus haut les difficultés créées par l'intégration de ce *ius gentium*, soit dans la question de savoir s'il doit être rangé ou non sous l'appellation de droit positif, soit dans celle de sa coordination avec les données de la Foi (particulièrement le péché originel). On a l'impression que cette notion hybride n'a pu trouver une place bien nette dans la synthèse thomiste. Faut-il voir là une conséquence du souci de saint Thomas d'adopter à la fois la définition générique d'Ulpien et celle spécifique de « ius gentium » ? N'ayant pas soupçonné les origines historiques diverses de ces formules, il a mis tout en œuvre pour les intégrer dans sa doctrine, au prix d'une complication qui peut nous paraître aujourd'hui bien inutile, mais qui nous révèle quelle était sa préoccupation d'utiliser dans sa synthèse théologique les données de la tradition juridique.

En tout cas, le *ius gentium* tel que saint Thomas l'a compris est tombé complètement dans l'oubli[3]. Pas entièrement peut-être, car il a ouvert la voie au droit international moderne ; « il a fallu des siècles pour que l'on conçut clairement l'existence d'un droit international au sens moderne du mot. Mais il est symptomatique que le premier qui y parvint, fut un disciple brillant et fidèle de saint Thomas, le théologien dominicain de Salamanque, Vitoria[3]. »

Donc si Aristote a fourni à saint Thomas le contexte rationnel de sa philosophie du droit, les juristes romains lui ont fourni, non seulement des formules bien frappées, mais des définitions précises et aussi une orientation de pensée, qu'il a voulu respecter coûte que coûte. Sur cette base il s'est efforcé de grouper logiquement l'apport doctrinal antérieur et d'en tirer les conséquences dans les domaines où était impliqué le droit naturel. Si l'on doit avouer que, malgré cette volonté, et peut-être à cause d'elle, tout n'a pas été clarifié, il n'en faut pas moi reconnaître que les ombres ne portent que sur des points secondair , et que l'essentiel demeure, c'est-à-dire l'importance juridique du droit naturel.

En utilisant ainsi, dans ce but, les définitions des juristes romains,

1 .S. Albert le Gd, étant resté à une notion spécifique du droit naturel, n'avait pas éprouvé le besoin de s'intéresser à la notion de *ius gentium*.

2. Cf. ARBUS, *Humanisme et Sagesse juridique dans les sciences du droit*, dans *Revue Thomiste*, 1950/3, p. 601 : « les termes de droit des gens, tels que les entend saint Thomas à la suite des jurisconsultes romains, et en particulier de Gaius, n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt historique » ; cette remarque est très importante, car trop souvent bien des auteurs, en utilisant S. Thomas, semblent entendre son droit des gens au sens d'un droit international, ce qui est un contre-sens manifeste.

3. DELOS, *La Justice*, *op. cit.*, p. 221.

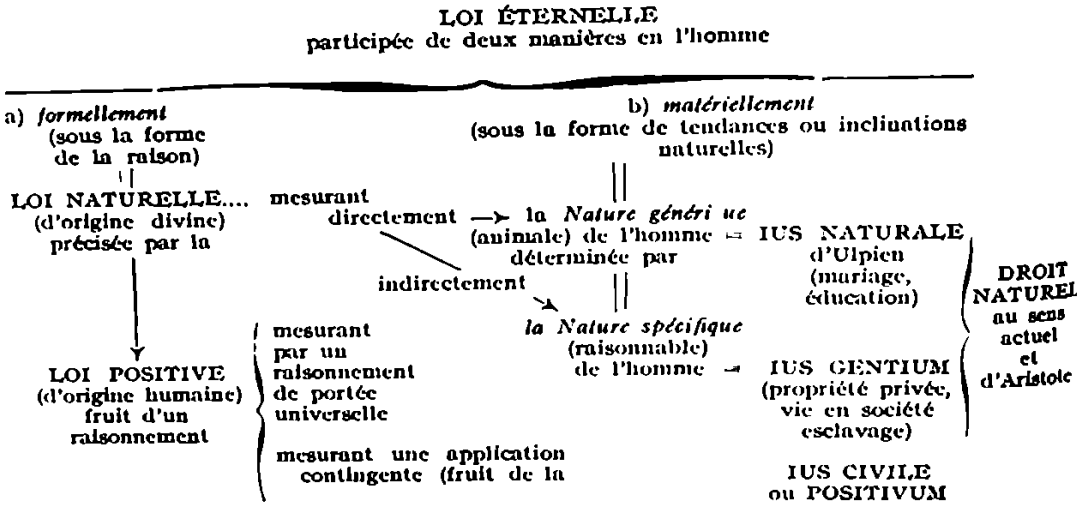
saint Thomas ne les a-t-il pas trahies ? Ce serait peut-être trop dire ; plus simplement, son interprétation se situe dans leur prolongement ; par leur contenu nouveau, les formules anciennes ont reçu une vie nouvelle, des développements inattendus, mais qui révèlent que l'auteur a bien compris ce qu'était le droit pour ceux qui l'ont formulé : l'expression même de la vie humaine.

ADDENDA AU CHAPITRE V

N° 1. — Au cours de la correction des épreuves, nous avons pu prendre connaissance du livre de R. VOGGENSPERGER, *Der Begriff des « Ius naturale » im römischen Recht*, Bâle, 1952, signalé plus haut à la p. 94 (note 5 de la p. 93). Cet auteur, s'opposant à l'opinion couramment reçue, pense que chez les Romains, la notion de droit naturel eut une portée vraiment juridique, exactement celle que lui a donnée plus tard s. Thomas ; cette opinion se situe donc à l'extrême opposé de celle de HÔLSCHER signalée plus loin (p. 138). De plus VOGGENSPERGER, simplifiant quelque peu le problème, pense que les Romains ont pratiquement identifié *ius naturale* et *ius gentium*, et s'élève contre l'interprétation de certains thomistes actuels (SCHILLING, MANSER) ne favorisant pas une telle identification. L'exégèse des textes de s. Thomas demande davantage de nuances ; cf. là-dessus nos conclusions, pages 103, 108 et 121 (tableau ci-dessous).

---

ivers sens des mots « *Loi* » et « *Droit* » chez s. Thomas.



Donc le terme de « *positif* » a une extension différente selon qu'il qualifie la loi ou le droit. Etant synonyme de « humain »,

1° Appliqué à la loi, il indique l'activité régulatrice de la raison : *a)* soit pour expliciter et déduire immédiatement une donnée universelle du droit naturel spécifiquement humain, ayant de ce fait besoin d'un raisonnement pour être perçu (= *ius gentium*).
b) soit pour créer de toutes pièces une donnée nouvelle, fruit d'une convention (= *ius civile*).

ius naturale (au sens d'Ulpien) étant une donnée générique, ne nécessitant pas l'intervention de la raison pour être perçue, n'entre pas *de soi* dans l'orbite des lois positives.

2° Appliqué au mot « droit » (au sens objectif), « *positif* » ne désigne plus que cette œuvre purement humaine, n'ayant sa source dans aucune exigence naturelle universelle, droit contingent créé pour un groupe particulier, qu'est le *ius civile*.

CHAPITRE VI

SCIENCE ET MÉTHODE JURIDIQUES CHEZ SAINT THOMAS

Parvenus à ce point, nous pouvons résumer les résultats de notre enquête, qui nous a révélé l'intérêt porté par saint Thomas au droit romain, dans une grande variété d'utilisations. Cette diversité d'emplois montre bien que l'auteur voyait en lui un moyen de construire sa synthèse, un ensemble de matériaux qui pouvait occuper en elle des places diverses, remplir des fonctions précises, au même titre que les autres sources de documentation. Souvent ces matériaux juridiques sont tellement assimilés qu'ils ne sont plus guère reconnaissables, transplantés dans un contexte tout spirituel, la citation n'ayant fourni qu'une idée, un type exemplaire, une analogie ; ce rôle pour être humble n'en est pas moins important, car il décèle une orientation de la pensée de l'auteur, une mentalité sympathique et accueillante à un apport qui semble bien étranger pour le but auquel on le destine.

D'autres fois, par contre, les matériaux juridiques conservent leur « personnalité », ils demeurent discernables dans la masse de l'édifice. C'est vraiment comme tels qu'ils sont utilisés, dans une intention qui respecte leur structure. Enchâssés dans l'ensemble avec désinvolture souvent, ils révèlent combien ils sont familiers à l'auteur. Et justement un groupe de ces matériaux attire le regard par son unité ; ceux-ci ont résisté à toute tentative d'assimilation excessive, et ont obligé l'auteur à prendre conscience de leur finalité propre. Ils ont même déterminé l'orientation d'une partie de l'édifice. A les utiliser il fallait le faire en les respectant, quitte à céder à leurs exigences et leur concéder une place digne d'eux.

Enfin un groupe plus restreint de ces matériaux joue dans l'édifice un rôle exceptionnel. L'importance de leur utilisation ne se révèle pas de suite, au premier regard. Certes on les discerne bien, émergeant de la masse commune, un peu modifiés ou équarris peut-être ; mais l'examen attentif décèle tous leurs prolongements, leur influence fondamentale dans d'autres secteurs de l'édifice, soutenant toute une partie de la construction qui, néanmoins, les dépasse et les transcende. Tou-

tefois ils n'en sont pas moins là, révélant le prestige qu'ils ont revêtu aux yeux de l'architecte qui les a préféré à d'autres, délaissés après une première ébauche.

Mais est-ce bien tout ? Notre sujet est-il épuisé par l'enquête précédente ? Ou au contraire, n'y a-t-il pas lieu de nous demander si, en agissant ainsi, saint Thomas l'a fait comme aurait agi un juriste. C'est-à-dire, après avoir vu la place occupée par le droit romain dans l'œuvre du Docteur Angélique, il est nécessaire de se demander si celui-ci a possédé une véritable science du droit. En effet, des données juridiques peuvent très bien être utilisées diversement dans un monde de pensée qui leur est étranger, sans exiger pour cela que l'auteur de ce travail possède la science elle-même du droit, qui a ses méthodes et ses techniques propres. Certes, les conclusions précédentes nous ont donné des indications sérieuses sur les procédés utilisés. Mais alors que sont ceux-ci en comparaison avec ceux employés par les juristes ? Il est donc utile d'examiner la question pour elle-même et de se demander si en tout cela saint Thomas se révèle quelque peu juriste, tout au moins par l'esprit qui l'inspire.

Il est évident que pour répondre à cette question, nous ne devons pas nous placer dans la perspective de nos connaissances actuelles sur le droit romain, qui sont le fruit de la recherche historique inaugurée à la Renaissance et développée surtout au siècle dernier. Si nous voulons juger saint Thomas, il nous faut le faire en fonction de l'état médiéval des sciences du droit. Précaution élémentaire pour porter un jugement objectif. Il nous faut, en conséquence, examiner rapidement l'attitude de saint Thomas vis-à-vis de la science du droit romain au Moyen Age, et ensuite juger sa méthode elle-même.

a) *Ses s rces et son étendue.*

A la suite de la renaissance du droit romain à Bologne (XI-XII^{e}, siècles), à laquelle reste attaché le nom d'Irnerius[1], l'enseignement de cette branche du savoir se généralisa au XIII^{e} si le, dans les principales universités, entre autres celles de Paris. Qu'a pu alors en connaître saint Thomas ?

Remarquons d'abord que le droit romain était obligatoirement étudié à l'occ ion du droit canonique ; déjà droit subsidi re pour

1. Bien que le droit romain n'ait jamais cessé d'être enseigné, on peut parler d'une renaissance ; sur celle-ci, voir M. CONRAT, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts in früheren Mittelalter*, I, Leipzig, 1889-1891 (n'a paru que le 1er vol.), pp. 65-77.

Sur l'enseignement en général du droit romain au Moyen Age, voir : P. VINOGRADOFF, *Roman Law in medieval Europe*, 2^{e} édit. par F. de Zulueta, Oxford, 1929.

Sur le fonctionnement de l'école de Bologne au XIII^{e} siècle, cf. le chap. déjà cité de Chr. THOUZELLIER, dans l'*Histoire de l'Eglise* de Fliche-Martin, vol. 10, pp. 344-349. Sur le droit romain à Paris et les relations de cet enseignement avec l'ordre dominicain, cf. KUHLMANN, *Der Gesetzbegriff*, pp. 20-74 (important).

une partie de la Chrétienté (personnalité des lois), sa connaissance se révélait indispensable pour l'étude du droit de l'Eglise qui utilisait la méthode et la technique des romanistes. Les études de droit romain suscitèrent un vif enthousiasme, et cela même parmi les religieux mendiants (dominicains, franciscains), attrait capable de les détourner de l'étude de la théologie et de leur apostolat (lutte contre l'hérésie), au point que des interdictions de suivre cet enseignement furent portées par l'Eglise ; la prohibition visa d'abord les religieux cloîtrés (Alexandre III, Concile de Tours, 1163), puis ensuite tous les clercs (Honorius III, 1219). Ce dernier pape, sur la demande de Philippe-Auguste interdisit même l'enseignement du droit romain à l'université de Paris et dans le voisinage, Grégoire IX l'autorisant peu après à Orléans[1]. Malgré tout, des dispenses étaient accordées, et l'interdiction fut souvent peu observée ; en tout cas cet enseignement s'est toujours plus ou moins poursuivi à l'occasion des commentaires des gloses canoniques[2]. On comprend alors qu'une telle situation n'était guère favorable pour une formation juridique chez saint Thomas. Peut-être avait-il reçu quelques éléments doctrinaux durant ses études à Naples ou à Cologne ? Il est difficile de le dire ; de toutes façons ce ne pouvait pas être tr important[3].

Ces quelques indications concordent avec ce que l'enquête nous a révélé saint Thomas n'a pas reçu de formation juridique, et ne s'est même pas livré à une étude un peu précise des compilations justiniennes. On a simplement l'impression qu'il a disposé d'un certain nombre de références, citations, puisées probablement chez les canonistes. Bien des fois, une connaissance plus précise du Digeste ou du Code lui aurait procuré des éléments de solution ou des arguments plus probants que ceux qu'il utilisait[4]. Néanmoins, la précision avec laquelle il cite beaucoup de textes laisse supposer qu'il a dû souvent recourir aux sources elles-mêmes, dans un souci de vérification et d'exactitude dans le respect des textes. L'orientation de ses études, absorbé qu'il était par

1. Cf. KUHLMANN, *Der Gesetzesgegriff*, pp. 23-38.
2. Cf. *id.*, pp. 29-33.
3. Cf. *id.*, pp. 76-77.
4. Le manque de formation juridique l'a probablement fermé à tout un secteur juridique : celui de la personnalité morale, connu cependant des canonistes (cf. P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique, spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le code de droit canonique*, Malines, Godenne, 1937) ; il l'a peut-être au moins soupçonné : « Thomas... trägt auch nirgends eine Theorie der juristischen Persönlichkeit vor ; der Sache nach aber hat ihm die Kollektivpersönlichkeit vorgeschwebt, wie sich aus konkreten Einzelzügen ergibt. » (p. 158, LINHARDT, *Die Sozial-Prinzipien.*) Sur cette question un peu controversée, voir aussi DE WULF, *L'individu et le groupe dans la Sco tique du XIII^e siècle*, dans *Revue néo-scolastique*, 22, 1920, pp. 341-357, et surtout l'ouvrage de E. WELTY, *Gemeinschaft und Einzelmensch. Eine Sozial-metaphysische Untersuchung bearbeitet nach den Grundsatzen des hl. Thomas von Aquin*, Salzburg Pustet, 1933, en prenant garde que l'auteur élabore une théorie personnelle qui ne se retrouve dans S. Thomas qu'à l'état de principes. Sur cette question voir aussi la récente ise au point de Th. ESCHMANN, *Studies on the notion of society in S. Thomas Aquinas*, dans *Medieval Studies*, VIII/1946, pp. 1-42 où l'auteur tâche de serrer la pensée de S. Thomas à propos de textes sur les délits collectifs : S. Thomas ignore les textes de droit sur la question et rejette la possibilité d'une faute collective ; ce problème a suscité ces dernières années en Allemagne, toute une littérature qui a utilisé S. Thomas avec plus ou moins d'à-propos.

son enseignement et la rédaction de son œuvre immense, ne lui a certainement pas permis d'acquérir une véritable science du droit ; mais il estimait trop celui-ci pour se contenter d'approximations. Aussi cite-t-il souvent explicitement le Digeste ou le Code[1] ; s'il ne cite pas les Institutes, il les utilise[2] ; un simple regard sur la liste des citations suffit pour s'en rendre compte.

Et justement à propos de ces citations, la lecture de leur répertoire révèle suffisamment la grande diversité des matières touchées par elles pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Mais ce serait avoir une idée imparfaite de la documentation juridique de saint Thomas que de se limiter à ces citations, explicites ou non. Car une influence doctrinale ne se révèle pas seulement par une transcription de formules, mais aussi par une communauté d'expressions et d'idées[3]. Ainsi au cours des chapitres précédents, avons-nous souvent eu l'occasion, à propos de bien des questions particulières, de rapprocher sa doctrine de celle du droit romain[4], ou de signaler sa connaissance de nombreux points de lé slation, comme aussi sa complaisance à évoquer la procédure judiciaire.

A ce sujet, il faut signaler ici tout un domaine où la doctrine de saint Thomas rappelle assez le droit romain, c'est celle du droit criminel. Certes, on ne peut pas en déduire une dépendance directe et consciente, le droit canon ayant généralement servi de véhicule aux notions antiques ; mais la chose vaut la peine d'être relevée en ce lieu, car elle montre bien l'étendue de la documentation juridique de l'auteur. Ainsi le traité de l'injustice contient une liste de péchés dont bien des éléments se retrouvent dans le droit romain[5]. Citons les notions de *iniuria*[6], de *contumelia*, ou *convicium*[7], de *sacrilegium*, *peculatus*, *plagium*[8], de *damnum*, de *homicidium*, *mutilatio*, *incarceratio*, *verberatio*, abus de pouvoir, fausse accusation, faux témoignage, fraude commerciale[9]...

1. En particulier les premiers titres du Digeste.

2. En particulier ce qui concerne l'acquisition de la propriété. D. LOTTIN est trop affirmatif sur ce point dans *Le droit naturel*, p. 64.

3. Cf. l'art. déjà cité, *Logique d'Aristote...*, p. 310, note 1, de M. VILLEY, auquel nous exprimons notre gratitude pour ses bienveillantes remarques qui sont à l'origine des notes suivantes.

4. Par ex. dé itions du *furtum* avec ses éléments, et ce qui le distingue de la *rapina* (cf. p. 117), des *stuprum*, *incestus*, *raptus*, *adulterium* (cf. p. 62).

5. ST.II.II.61.3.

6. *Iniura* = fit alt i vel subtrahendo res vel per aliquas action laedendo (CS.IV. 15.1.1.2).

7. *Contumelia*, *convicium* que S. Thomas orthographie aussi *convitium* (cf. les deux manières dans Inst. 4.4.1 et Dig. 47.10.1), définis : « consistunt (et improperium) in verbis, sicut et contumelia, diversimodo autem ; quandoque autem unum istorum pro alio ponitur » (ST.II.II.72.1 ad 3).

8. « Pro furto, quod reparabile damnum infert, non infligitur secundum praesens iudicium paena mortis, nisi furtum aggravetur per aliquam gravem circumstantiam sicut patet de sacrilegio, quod est furtum rei sacrae et de peculatu, quod est furtum rei communis (citat. de S. Augustin) ; et de plagio, quod est furtum hominis, pro quo morte punitur (II.II.66.6 ad 2).

9. *Damnum* (ou *damnificatio*) se réalise dans deux cas : 1° aufertur ei id quod actu habebat ; 2° aliqui aliquem impediendo ne adipiscatur quod erat in via habendi (II.II 62.4 co).

Il faut toutefois remarquer premièrement que beaucoup de ces données ont été puisées soit dans l'Ecriture (droit pénal biblique), soit dans Aristote[1] ; ensuite et surtout saint Thomas traite de ces questions en théologien moraliste ; c'est là son intention ; il ne faut alors pas s'étonner s'il n'envisage souvent que l'aspect purement moral de ces notions. C'est le cas, par exemple, du sens qu'il donne à *delictum*[2]. De même c'est suivant la perspective propre au moraliste que les notions de *culpa* et de *poena* sont si fréquemment opposées par lui, au point que le sens juridique de ces expressions semble ignoré ou au moins éclipsé par l'idée théologique correspondante[3]. Çà et là, dispersés dans son œuvre, on peut réunir les éléments d'une doctrine pénale, avant tout canonique, mais où sont incluses des notions ro-

Sur l'homicide et la légitime défense, cf. ST.II.11.66.6 ad 2 ; la mutilation : II.11.65.1 ; la *verberatio*, *id.* art. 2 ainsi que l'incarcération, art. 3. Sur l'abus de pouvoir, la queist 67 ; la fausse accusation, quaest. 68 ; le faux témoignage, quaest. 70 ; la fraude commerciale, quaest. 77, 1.

1. Droit pénal biblique : ST.I.11.105.2 ; Aristote, ex. dans la liste des contrats et des délits contractuels, ST.II.11.61.3, simple transcription du texte de l'Ethique, V, 2, 13.

2. S. Thomas donne à *delictum* un sens spécial, celui de omission involontaire, par ignorance, d'un précepte affirmatif (sens peut-être dépendant de l'explication de S. Augustin qui faisait dériver delictum de derelictum) ; pris ainsi delictum s'oppose à peccatum, qui est l'acte positif opposé à un précepte négatif (ST.II.11.79.4 ad I, et CS.II.42.2.2.3, sens qui est à rapprocher de celui donné par FESTUS dans son *De Verborum signific.* 4). Par contre, lorsque S. Thomas fait allusion à l'action délictueuse elle-même, sans traiter du delictum ex professo (par ex. à propos de la compétence de for à raison d'un délit) il fait preuve d'information juridique exacte dans le sens à donner aux mots (ST.II.11.67.1 ad 3, où le vol et l'homicide sont rangés dans les délits). Ailleurs, par contre, *delictum* est souvent synonyme de « peccatum » (CS.IV.16.2.2.3 ; IV.19.2.1 ; Quodl. 3.29).

Au sujet de « crimen » le caractère public de cette notion est bien mis en valeur dans ST.II.11.67.3 ad 2 ; ou 68.1.

3. S. Thomas attache à la notion de *cul* un grand intérêt ; pour lui elle signifie avant tout le mal moral proprement dit (ST.II.11.19. 1co), acte de la volonté libre (I.11. 75.3 ad 3, et 81.1 co), résidant surtout dans une intention perverse (II.11.13.3 ad 1) de se détourner de Dieu (II.11.34.2 co), etc...

Très nombreux textes où S. Thomas parle de la *poena* ; ainsi, son rôle : « vindicta autem fit per illationem poenae » (I.11.46.7 ad 2), phrase qui évoque le texte du Digeste : « poena est noxae vindicta » (50.16.131.1). D'ailleurs la définition de la *vindicta* est prise par S. Thomas dans Cicéron « est per quam vis aut iniuria, et omnino quidquid obscurum est (et futurum, dans le texte de Cicér.)... defendendo aut ulciscendo propulsatur » (ST.II.11.108.2 co ; De invent. II, 53).

Toute peine a un double but : vindicatif (réparer l'ordre lésé) et médicinal (préserver d'une nouvelle faute ou promouvoir le bien, ST.II.11.108.4 co). Considérée comme vindicative, une peine doit correspondre à une *culpa* personnelle (ST.I.11.105.2 ob. 11 ; III.14.1 ad 3) et doit lui être proportionnée (Gent. IV.90) ; c'est avant tout le cas des peines temporelles graves (flagellatio, mort, mutilatio, ST.II.11.108.4 ad 2). Mais considérée comme médicinale, une peine temporelle peut par contre être infligée à une personne pour une faute commise par une autre, en raison d'un lien entre elles (II.11.108.4) où même ne punir aucune faute ; mais dans ce cas il doit y avoir une cause : bien commun, utilité publique (même art. ad 2 : « sine culpa, sed non sine causa », phrase qui se retrouve dans la règle 23 du droit (« sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus ») ; comme exemples de *causa*, cf. note suivante.

On voit par là que le terme de *poena* est entendu ici, comme il l'était souvent autrefois, au sens de privation d'un bien, alors qu'aujourd'hui le droit canon réserve ce mot à la punition d'un délit (canon 2215).

Noter enfin que c'est à Cicéron (par l'intermédiaire de S. Augustin, De civit. Dei, XXI, 11) que S. Thomas emprunte la liste des huit genres de peines : « mortem verbera, tallionem, servitutem et vincula, exilium, damnum, ignominiam » (ST.II.11.108.3 co) ; liste aussi dans Isidore, Etym., 5.27.

maines bien précises[1], preuves d'un souci d'information remarquable[2].

Pour un esprit non formé aux sciences du droit, absorbé par tant d'autres soucis, une telle information, un tel intérêt placent saint Thomas à part des autres théologiens de son temps. Nous avons remarqué, à propos du droit naturel, l'attitude franchement hostile d'un Albert le Grand, vis-à-vis du droit romain au sens d'Ulpien ; saint Bonaventure cite bien ce dernier, mais sous la caution d'Isidore de Séville. Nous avons d'ailleurs recherché aussi les citations de droit romain dans l'œuvre du grand franciscain (l'édition critique de ses œuvres nous a rendu le travail facile), nous en avons inventorié une vingtaine au maximum, citées généralement d'une façon très évasive[3], maigre bilan face aux 150 citations de saint Thomas.

Enfin rappelons aussi l'importance d'une autre source bien romaine Cicéron[4] ; nous avons noté la chose à propos de la justice. La question mériterait à elle seule un examen attentif, car l'influence du jurisconsulte romain a été une des plus importantes avec celle d'Aristote, en matière de morale. Disons simplement que dans la seule Somme Théologique, se rencontrent 166 citations explicites de Cicéron, plus du triple que pour le droit romain[5].

b) *Les intermédiaires de cette documentation.*

Puisque saint Thomas n'a pas eu de formation juridique, où a-t-il puisé cette connaissance des textes romains ? Les résultats de notre enquête semblent bien indiquer que l'intermédiaire en a été le droit canonique la Somme Théologique à elle seule contient plus de 400 citations explicites de Gratien ou des Décrétales ; et l'édition léonine en mentionne presque autant d'implicites. De tels chiffres insinuent une influence sérieuse du droit canon sur la pensée de saint Thomas.

1. S. Thomas, comme exemples de *causa* d'une ·ine *sine culpa*, cite entre autres le cas de l'irrégularité canonique (pour lèpre, bigamie, homicide) et surtout, ce qui nous intéresse ici, la loi romaine de l'interdiction de percevoir l'h itage d'un parent coupable d'un crime de lèse majesté (loi Jul. maiest. Code, 9.8.5) ST.II.11.108.4 ad 2.

2. Ainsi au sujet de la restitution judiciaire, S. Thomas précise son caractère pénal (ST.II.11.62.3) : le juge peut la déterminer supérieure au dommage causé, dans le but de compenser la *culpa* ; cette restitution supplémentaire est alors une peine : *pro emenda* précise l'auteur ; or, on sait que le terme français d'*emenda* ou *emmende* n'a commencé à être employé au sens de réparation qu'au XII[e] siècle et d'amende *(mulcta)* qu'au XIV[e] ; cf. DAUZAT, *Dict. étym. d. la Lang. franç.*, Paris, 1938, 30. On rencontre un tel emploi dans une décrétale de Bonif., VIII, Sext. I.16.8.

3. S. Bonavent., Opera omnia, Quaracchi, 10 vol. 1882-1892 ; voici la liste de ces citations (entre renthèse, l'expression de l'auteur pour annoncer une citation explicite) ; sont en italique celles communes avec S. Thomas : Comment. des Sent. II.40-2 = Inst. 4.1. — II.44.2.1 sed c. 4 = Inst. 1.2. — II.44.2.2 sed c. 3 = Inst. I.3.— III. 9.1.6.2. = Inst. 3.23 (ius civile) — IV.15.2.2.1 = Inst. 2.8. — IV.21.2.2.2. = Cod. 2.3.21 — IV.25.2.2 ad 5 = Cod. 2.43.3. — *IV*.29.1. *cor.* = Dig. 4.2.2 — IV.29.1.2 = Dig. 1.1. — IV.33.1.1. = Dig. 1.1.1 — IV.35.1.5 = Cod. I.17.6 (iura) — IV.36.1.2 = Dig. 50.17.10 (ius civile) — *IV*,36.1.3 = Cod. 3.32.11. — *IV*.41.3 = Ins. 3.5 — *Quest. disput. De perfect. evangelica* 2.2.13 = Cod. 11.25 (ius civile) — Breviloquium, 6.13.= Inst. 1.9 — *Opusc. XI*.12.26 = Cod. 11.25.

4. Sur Cicéron cf. l'ouvrage monumental de E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, 4 vol. Bologne, 1927.

5. On peut en voir la liste au tome XVI de l'édition léonine des œuvres de S. Thomas ; la majorité des citations se rapporte au *De inventione*.

Pour ce qui est de la transmission du droit romain, le droit canonique en question n'a pas été principalement Gratien. On a l'impression que saint Thomas a eu conscience de l'infériorité et de l'insuffisance de cette source[1] ; en effet, nous n'avons trouvé que de très rares textes romains transmis par le Décret, sept ou huit environ.

On peut en dire à peu près autant pour ce qui est de l'influence d'Isidore de Séville. Certes, Isidore a largement été exploité comme source d'étymologies ou de définitions ; mais pour le droit romain, saint Thomas a compris tout ce qui le séparait de l'espagnol lointain[2]. En penseur du XIII[e] siècle, il ne pouvait pas, pour la connaissance du droit romain, en rester au stade de l'encyclopédiste du VII[e] siècle ; entre temps avait eu lieu la renaissance bolonaise, la belle efflorescence des études romanistes ; saint Thomas était trop au courant des idées de son temps pour utiliser doctrinalement une source si dérivée et lointaine, alors qu'il pouvait puiser, combien plus sûrement, à des sources immédiates abondantes, nous voulons dire auprès des glossateurs du droit canonique.

S'il mentionne Isidore, c'est plus par respect pour cette vénérable autorité que par conviction ; nous en avons vu un exemple dans l'étude de la loi et dans celle du droit naturel.

Quant à ces glossateurs, saint Thomas n'avait pas à aller loin pour entrer en contact avec eux ; l'ordre dominicain possédait, en effet, un « studium generale » à Bologne ; et à une époque où les échanges intellectuels étaient fréquents, il est hors de doute que saint Thomas a eu toutes possibilités pour rencontrer des confrères de son ordre fréquentant les milieux romanistes. De plus, l'ordre lui-même comptait un nombre important de canonistes[3]. Par leur entremise, saint Thomas a pu connaître bien des textes juridiques. Un d'entre eux, en particulier, a joué un rôle important, en raison de l'amitié qui le liait avec le Doc-

1. Sur cette question voir l'étude de GAUDEMET, déjà citée, *La doctrine des sources du droit dans le décret de Gratien*, dans *Revue de droit canonique*, 1951, pp. 5-31 : « Des études récentes ont montré son (de Gratien) peu d'empressement à recourir aux textes juridiques romains : pas d'emprunts directs aux Institutes ou aux Novelles ; les fragments pris directement au Code ou au Digeste ayant d'ailleurs peut-être été ajoutés après coup ; volonté bien marquée de ne reproduire que de rares textes romains parmi ceux que lui offraient les collections antérieures ; hostilité toute spéciale de la première partie du Décret à l'égard des textes romains » (p. 13).

On trouve dans l'introduction de l'édition du *Corpus Juris canonici* de FRIEDBERG, la liste des textes de droit romain contenus dans le Décret (Institutes, Digeste, Code) ; cette liste a besoin d'être corrigée ; on trouve une liste plus exacte dans C. de CLERCQ, art. *Corpus Juris Civilis*, dans le *Dictionnaire de Droit Canonique*, Paris, Letouzey, IV, col. 678-679. Pour ce qui est des Novelles, on trouve les rectifications dans A. VETULANI, *Une suite d'études pour servir à l'histoire du Décret de Gratien*, II, dans *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 4[e] série, XVI, 1937, pp. 461 et 674.

2. KUHLMANN (*Der Gesetzbegriff*, p. 166) fait justement remarquer qu'il ne faut pas trop s'illusionner des références à Gratien ou Isidore chez S. Thomas ; c'est plutôt chez lui un acte de déférence ; elles ne pouvaient pas être délaissées, étant dans tous les esprits ; mais elles n'étaient plus qu'un cadre vénérable : Saint Thomas y a mis un autre contenu : Aristote et le droit romain de Justinien.

3. Cf. KUHLMANN, *op. cit.*, pp. 31-72, qui réfute l'opinion de Schulte relative au peu de religieux qui auraient été canonistes, et donne comme exemples des relations entre dominicains et romanistes, entre autres la participation de l'Univ. de Bologne à la canonisation de S. Dominique.

teur Angélique saint Raymond de Pennafort[1], le grand compilateur des décrétales ; son influence est évidente dans le traité du mariage (Commentaire des Sentences) où saint Thomas utilise largement les données de la *Summa casuum*[2]. Nous avons pu noter près d'une cinquantaine de dépendances rien ques dans le IV^e^ livre du Commentaire des Sentences. La récente édition d'un autre ouvrage du même canoniste (jamais encore édité), la *Summa iuris*[3], que nous n'avons pu atteindre, permettrait probablement d'étendre les recherches, en d'autres matières que le mariage.

Saint Thomas a certainement fréquenté aussi les gloses du droit canon (Décret et Décrétales). Notre étude ne portant pas directement sur les sources de la connaissance du droit romain, nous avons limité nos recherches à la littérature éditée ; malgré cela, nous avons retrouvé presque tous les textes cités, dans les passages parallèles des gloses ordinaires de Barthélemy de Brescia et de Bernard de Bottone, comme nous l'avons indiqué à l'occasion des chapitres précédents (résumé dans le répertoire général).

Cependant nous ne pouvons pas conclure à une dépendance directe et certaine de saint Thomas vis-à-vis de ces deux gloses. Pour le faire, il aurait fallu étendre les recherches à toute l'immense littérature canonique manuscrite ; en fait, les citations que nous avons retrouvées comportent rarement le texte romain complet, la glose ne donnant très souvent que la simple référence, alors que saint Thomas cite le texte en entier et avec exactitude ; même quelquefois, quand la glose donne le texte, nous avons noté une transcription plus proche de l'original (exemple, la définition de l'erreur dans le consentement, p. 44). Il semble ainsi que la dépendance de saint Thomas vis-à-vis du droit canon ait surtout consisté dans l'indication et le choix des matériaux romains utilisables, que l'auteur aurait ensuite transcrit directement d'après un exemplaire du Digeste ou du Code[4]. En tout cas, le parallé-

1. Comme exemple de cette amitié, se souvenir de la tradition qui rapporte que c'est sur les instances de S. Raymond que S. Thomas écrit sa Somme contre les Gentils.

2. Sur S. Raymond de Pennaford, pour la biographie, et l'ensemble des œuvres, voir l'article documenté de A. TETAERT, *Raymond de Pennafort*, dans le *Dictionnaire de Théol. Cathol.*, XIV, col. 1806-1829 (bibliographie récente) ; de même au point de vue juridique cf. KUTTNER, *Repertorium*, pp. 438-452. Les recherches de Tetaert ont montré que la partie de la *Summa casuum* (IV°) qui traite du mariage était primitivement un ouvrage spécial. Cette Somme eut un grand rayonnement ; en particulier ur ce qui concerne notre sujet elle a certainement contribué à la connaissance du droit romain qui tient en elle une place importante : « Selbstverständlich tritt überall das kanonische Recht in der Vordegrund, aber auch das römische nimmt seinen Platz ein », écrivait STINZING à propos de cette Somme, dans sa *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1880, p. 17. Le même auteur dans sa *Geschichte der populären Literatur*, *op. cit.*, pp. 497-498, a de plus précisé certains points où le droit romain a marqué son influence (justice, usure, bonne foi dans la prescription...) : « Nicht selten aber ist das juristische Material so reichlich herbeigebracht, dass man ein juristisches Lehrbuch vor sich zu haben glaubt, und besonders finden wir gerade die Lehre des römische Rechts in ihren Grundzügen vorgetragen » (p. 491).

3. *Raimondo de Penyafort (San)*, *Summa Juris*, edit. par Mgr. José Rius Serra, Barcelone, Univers, 1945.

4. Peut-être aussi saint Thomas a-t-il utilisé des florilèges, recueils de textes, excerpta, si prisés au Moyen Age ? ou même une des nombreuses Summae de casibus que l'on trouvait dans tout couvent (KUHLMANN, *op. cit.*, p. 52).

lisme des passages cités indique une similitude de pensée et de méthode révélant un familier de la littérature canonique.

Mais se pose alors la question pourquoi saint Thomas a-t-il si fermement critiqué les juristes ?

On rencontre ces critiques dans deux écrits datant de la même époque (1270-1271) ; ils se rapportent à la seconde phase de la lutte entre Ordres Mendiants et Séculiers, qui se déroula lors du deuxième séjour de saint Thomas à Paris autour du problème de la vie religieuse[1].

Il faut se souvenir de l'âpreté de ces luttes, de la violence souvent extrême de ces polémiques, pour comprendre la vivacité de la riposte de saint Thomas, d'habitude si calme, et son indignation devant la mauvaise foi évidente de certains de ses adversaires qui n'hésitaient pas à faire feu de tout bois. Ainsi la nuance de mépris, pour les juristes, qui à première lecture semble se dégager de ces textes, ne doit pas faire illusion ; replacée dans ce contexte de lutte, elle s'explique aisément, et il serait excessif d'en grossir l'importance et d'y voir l'expression d'une mentalité habituelle à l'auteur.

Un premier texte[2] critique fortement les théologiens qui taxaient de péché l'entrée en religion d'un enfant impubère, contre l'autorisation de ses parents « quamvis inconsonuum et derisibile videatur, quod sacrae doctrinae professores iuristarum glossulas in auctoritatem indicant vel de eis disceptent. » Le contexte montre bien que saint Thomas n'en veut pas aux juristes comme tels, mais aux théologiens qui, ignorant la portée à donner à des gloses de juristes, les utilisent à des fins partiales, et de façon tout à fait arbitraire et abusive. Les textes des juristes invoqués dans l'objection visée n'ont trait en effet qu'aux vœux solennels, et non à l'entrée en religion. De plus, on peut constater que dans ses réponses, saint Thomas utilise largement l'argument juridique, et avec une précision de termes qui dénote une bonne connaissance des questions (par exemple, la possibilité de la restitution in integrum pour les mineurs de 25 ans).

Le deuxième texte critique les juristes qui soutenaient la possibilité d'une dispense des vœux solennels[3] : « licet quaedam iuristae ignoranter contrarium dicant. » Nous avons déjà noté (à propos de la théo-

Cela ne peut cependant être le procédé général, car trop de citations sont données avec exactitude, même avec référence, et il y a trop peu d'erreurs dans la transcription, ce qui n'est pas du tout le cas des citations patristiques où de fréquentes erreurs révèlent l'utilisation de sources secondaires (rien que pour le IV[e] livre du Commentaire des Sentences, nous avons relevé plus d'une vingtaine d'erreurs, dans l'attribution de textes à tel ou tel Père). On peut voir une erreur de distraction dans l'attribution à Isidore d'un passage de Gratien sur le droit naturel (CS.IV.33.1.1 ad 4).

1. Sur cette phase, voir P. GLORIEUX, *Pour qu'on lise le De Perfectione*, dans *Supplém. de la Vie Spirituelle*, de juin 1930, p. 97-127.

2. Contra pestiferam, 13, fin.

3. ST.II.II.88.11 cor.

rie juridique des vœux), que saint Thomas lui-même, dans le Commentaire des Sentences, avait admis la possibilité de cette opinion, ce qu'il ne pouvait plus faire dans sa nouvelle théorie. Si parmi les adversaires de sa thèse se rencontrent de grands noms (Innocent IV, Hostiensis), lui-même, comme nous l'avons vu, a construit sa théorie avec des arguments juridiques et en accord avec d'autres juristes, et conformément à une décision d'Innocent III. (voir plus haut p. 53 à 57).

Ce qui ressort de plus clair, c'est que saint Thomas, s'il s'arroge le droit de critiquer certains juristes ou l'utilisation partiale de leurs gloses par les théologiens, c'est que en une question comme celle de la perfection religieuse il revendique la suprématie de la théologie (sacra doctrina) sur les sciences du droit. Ces critiques ne sont pas une preuve de partialité, ou l'effet d'un préjugé, car saint Thomas ne se gêne pas pour en faire de pareilles aux théologiens[1]. Il faut y voir simplement l'expression d'un droit d'intervention en un domaine connexe et subordonné. En un mot, il ne faut pas juger de la question selon l'idée moderne de la séparation totale des disciplines.

S'il est un fait que l'on ne doit jamais perdre de vue lorsqu'on veut juger équitablement de pareils incidents, c'est bien l'interdépendance de la théologie et du droit canon : situation qui remonte aux origines mêmes des deux disciplines, qui, à travers les mêmes vicissitudes au cours de leur élaboration, ont travaillé sur les mêmes matériaux, et se sont constamment prêté un mutuel appui, avec l'aide aussi de la science romaniste.

Toute cette histoire, jusqu'à Gratien, a été magistralement tracée par Fournier et Le Bras, dans le dernier chapitre de leur *Histoire des Collections canoniques*[2], et, pour le XII[e] siècle, par de Ghellinck[3]. Retenons seulement que l'histoire montre « les deux rameaux des sciences sacrées, dans leurs rapports quotidiens d'emprunts et d'échanges mutuels parallélisme dans l'idée de codification, simultanéité, ou peu s'en faut, dans les essais de systématisation, dossier patristique commun, identité des procédés dans la conciliation des textes, développement des mêmes matières, compléments réciproques dans les solutions des mêmes problèmes »[4]. Et de même dans tout ce travail de conciliation « les textes du Digeste de Justinien, qui venaient de reparaître et provoquèrent bientôt l'établissement d'un enseignement scientifique, offrirent aux jurisconsultes de l'Eglise des catégories précises et

1. Ainsi « ad primum ergo dicendum, quod apud theologos, ut quidam dic t, virtus non semper est in medio. Sed hoc dicentes *ignorant* quid sit medium virtutis » (CS.IV.33.3.2 ad 1). L'estime que S. Thomas nourrit pour le droit allait aussi aux juristes et il ne se fait pas faute d'utiliser leur témoignage ; les chapitres précédents en ont donné des exemples, ajoutons ce texte par ex. à propos du baptême : « sicut caput aspersum aqua, in totum corpus aspersio reputatur ; sicut enim iuristae dicunt, quod ubi caput hominis jacet, reputatur ac si totus homo sepultus esset ibidem. » (CS. IV.3.1.4.1 ad 2.)

2. *Histoire des Collections Canoniques en Occident depuis les Fausses décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, Paris, Rec. Sirey, 1932, 2 vol. Ici II, pp. 314-361.

3. *Le mouvement théologique du XII[e] si e*, 2[e] édit., Paris, Desclée de Br., 1948. Ici pp. 416-510.

4. DE GHELLINCK, *id.*, p. 508.

des méthodes d'interprétation très propres à concilier les décisions divergentes »[1].

Au XIII[e] siècle cette communauté de méthode se manifeste avec évidence dans la formation de la *quaestio*, cette nouvelle forme de traitement rationnel des problèmes, à laquelle nous avons fait allusion dans le chapitre I. Saint Thomas a pris une part importante dans les *quaestiones disputatae* ; mais nous ne devons pas oublier que les romanistes utilisaient la même méthode[2]. De même en va-t-il du procédé rationnel utilisé dans la solution des *quaestiones*, qu'était la *distinctio*[3]. Il va alors de soi que les mêmes méthodes, utilisées sur l mêmes matériaux, ne pouvaient que créer une communauté d'esprit et d'action entre théologiens et juristes ; c'est ce que voulait dire Stinzing lorsqu'il écrivait : « Les juristes les plus importants étaient souvent en même temps à demi théologiens, et la plupart des théologiens à demi juristes[4]. »

Il n'en reste pas moins que coordination ne signifie pas confusion, et saint Thomas savait très bien faire la part des deux disciplines : « Haec questio ad theologos pertinet, in quantum dependet de iure divino vel iure naturali ; et ad iuristas, inquantum dependet ex iure positivo »[5], ce qui n'empêchait pas les controverses de chaque côté « inveniuntur in ea theologi theologis et iuristae iuristis contrarie sentire[6]. » De même saint Thomas sait reconnaître les droits de chaque spécialité dans les questions purement juridiques laisser toute priorité aux juristes, seuls compérents en la matière « Et haec controversia iuristis est relinquenda »[6], ou bien à propos de l'adoption, il faut suivre « id quod iuristae dicunt, ad quod pertinet de his tractare[7]. » ; ce qui ne l'empêche pas d'intervenir à l'occasion avec une grande indépendance d'esprit, au milieu d'un débat juridique, surtout s'il estime le droit naturel en jeu, s'unissant aux uns, ou s'opposant aux autres qu'il trouve trop rigorist [8], et en utilisant les mêmes arguments qu'eux.

On voit par là combien doit être nuancée notre appréciation des jugements que saint Thomas porte sur la science du droit et sur ses représentants, et combien nous devons faire abstraction des idées

1. FOURNIER-LE BRAS *op. cit.*, II, p. 357.
2. Sur la *quaestio disputata* chez les romanist , voir par ex. H. KANTOROWICZ, *The quaestiones disputate of the Glossatores*, dans la *Revue d'histoire du droit fr. et étr.* 1938, pp. 19 et suiv. ; de même pour les canonistes les indications précises de KUTTNER, *Repertorium*, pp. 243-256, qui détaille le procédé (interrogation, raisons opposées : pro-contra, solution...).
3. Sur la *distinctio* chez S. Thomas, cf. CHENU, *Introduction*, p. 146 ; chez les romanistes, cf. E. GENZNER, *Vorbilder für die Distinctiones der Glossatores*, dans *Acta congres. iuridic. internat.*, Rome, 1934, II, pp. 345-358 ; chez les canonistes, cf. KUTTNER, *op. cit.*, pp. 208-228.
4. *Geschichte der populären Literatur*, p. 492.
5. Quodlib. IX, 15 cor.
6. Quodlib. IX, 15, fin (prébendes).
7. CS.IV.49.4.1.
8. Exemples dans KUHLMANN, *op. cit.*, p. 104 (ainsi au sujet de l'opinion de certains juristes qui estimaient faute mortelle tout rapport avec un excommunié : « dicendum quod opinio Decretistarum non est vera... » Quodl. XI.9.

actuelles sur les spécialités scientifiques[1]. Saint Thomas ne partagera pas les préjugés de certains esprits médiévaux contre les juristes, tel Roger Bacon estimant qu'un chapitre d'Aristote contenait plus de science juridique que tout le Corpus Juris[2], ou même Dante qui, en fait de canonistes, ne place que Gratien en Paradis, en marquant son mépris pour ses successeurs[3].

Si donc l'union entre théologie et droit au Moyen-Age peut expliquer qu'un théologien, et le plus grand de tous, sans être un juriste de profession, ait pu cependant s'occuper de matières de droit, utiliser les ressources et les informations de cette spécialité, peut-on aller plus loin ? Peut-on dire que l'orientation générale de la pensée de l'auteur, sa méthode employée, surtout lorsqu'il utilise des textes juridiques, permettent de voir en lui un juriste, tout au moins de par son esprit ?

Nous avons constaté, au cours de notre enquête, la tendance de saint Thomas à faire dire aux textes juridiques tout autre chose que ce que comportait leur contenu primitif. De fait, en dehors de toute préoccupation historique, l'auteur utilise, retouche les textes de droit romain, pour des fins nouvelles que n'avait pas prévues le législateur, et les applique à des contextes historiques qui n'ont plus rien de commun avec celui qui leur a donné naissance. Comment juger un tel procédé ? « C'est surtout un procédé de juristes, habitués à traiter les textes de manière, à ce que, sans perdre le bénéfice de leur vénérabilité, ils étendent leur puissance d'innervation juridique à des réalités sociales ou administratives fort évoluées ; interprétation tendancieuse que les maîtres modernes du droit reconnaissent être méthodologiquement opportune et légitime cette casuistique appartient aux méthodes scientifiques d'élaboration du droit positif[4]. »

Poussons l'analyse de cette méthode plus avant quel est ce contenu nouveau que saint Thomas a voulu mettre dans les vieux textes romains ? Dans quel contexte idéologique les a-t-il utilisés ? Et ce faisant a-t-il agi différemment de ses contemporains juristes ?

1. On voit combien excessive est l'appréciation de G. RENARD (*La philosophie de l'Institution*, Paris, 1939, p. 228) : « Il (S. Thomas) méprisait de tout son cœur les juristes. » Graneris lui-même, guère porté à louer les juristes, trouve cependant l'expression de Renard un peu forte (*Contributi tomisti* ..., *op. cit.*, p. 12, note 1).

2. Expressions que réserve Bacon aux juristes : vilaciones et fraudes iuristarum... perversi iuristae », cf. Kuhlmann, qui donne les r ences, *op. cit.*, p. 103, ainsi que de LAGARDE, *Naissance de l'Esprit laïque*,,,.' *op. cit.*, tome III, p. 26. Voir aussi dans VINOGRADOFF, *Roman Law in medieval Europe*, déjà cité, l'opposition populaire aux juristes considérés comme mauvais chrétiens, parti lièrement en Allemagne, « Die Juristen sind bösen Christen » (p. 105 et suiv.).

3. Sur Gratien, Paradiso, X.103-106 ; sur Hostiensis r contre, Paradiso, XII.82-85. Sohm a utilisé cette opinion du Dante dans sa théorie sur les deux droits dans l'Eglise ; sur tout cela cf. DE GHELLINCK, *Le Mouvement théol.*, *op. cit.*, p. 213, note 3 et p. 530.

4. CHENU, *Introduction*, p. 123.

Si primordiale que soit la dépendance de saint Thomas à l'égard d'Aristote, elle est cependant compatible quelquefois avec une préférence pour les formules et les concepts romains. Cette préférence pourrait se légitimer par l'attrait d'un langage plus précis, de cette clarté latine dont le Docteur Angélique est encore un représentant. Mais il y a plus, croyons-nous. L'importance de l'apport juridique romain, son caractère exclusif en certains domaines, montrent que saint Thomas a vu en lui une source doctrinale, dont la sphère d'application demeure limitée, mais qui est de notable portée. Si, en effet, sur le plan rationnel, spéculatif, Aristote fournit les éléments de base, dans le domaine des mœurs, des institutions, c'est le droit romain (et Cicéron)[1]. Le type même d'utilisation étudié dans le chapitre V, avec toutes ses conséquences, en est une illustration.

ais, et c'est là une remarque importante, en ce domaine pratique, cette source qu'est le droit romain ne se suffit pas à elle-même ; elle a besoin d'être intégrée dans une interprétation rationnelle d'ensemble dans une synthèse doctrinale comme celle du thomisme, c'est la raison spéculative qui doit avoir le dernier mot, pour expliquer et coordonner le donné, quel qu'il soit. Ainsi en va-t-il pour la systématisation du donné de la foi en un savoir théologique, où la philosophie d'Aristote est l'instrument par excellence ; ainsi *a fortiori* pour les données fournies par le droit romain.

Celui-ci utilisé avant tout comme un fait, comme un donné qui s'impose de soi, avait ses exigences propres, et n'admettait pas n'importe quel traitement ; mais il n'en fallait pas moins le relier à l'ensemble. C'est à ce stade, qu'Aristote reprend son avantage ; délaissé comme source doctrinale, en une matière pourtant naturelle et profane, il n'en fournit pas moins le contexte rationnel. C'est alors que la question se précise : en traitant ainsi le droit romain, à l'aide de la philosophie aristotélicienne (par exemple, dans les textes sur la loi, le droit, la justice), saint Thomas ne trahit-il pas sa source doctrinale à laquelle il prétend puiser ? Ne l'a-t-il pas vidée de son contenu propre, ou a contraire l'a-t-il respectée ? En un mot l'a-t-il traitée en philosophe ou en juriste ?

Pour ce qui est du traitement que saint Thomas a fait subir à ses sources en général, le résultat n'en a pas été dans le sens d'une exégèse proprement historique la tendance à l'harmonisation des textes a souvent abouti à vider ceux-ci de leur contenu originel. Ainsi, au sujet de l'utilisation de saint Augustin, Von Hertling a pu écrire « Aucun élément de la tradition patristique ne doit être abandonné, et pourtant en pratique c'est comme si rien ne subsistait du mode de penser originel du Père de l'Eglise[2]. » Un autre auteur concluait de même

1. « On disait communément (au Moyen Age), tout ce qui n'est pas divin, dans le droit, est romain. Et S. Thomas, si on en juge par les allusions qu'il fait, par les références qu'il donne, et surtout par ses ascendants, aurait emprunté à Rome presque autant qu'à Athènes. » (L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, Montréal, Paris, Rec. Sirey, 1933, p. 33.)

2. G. von HERTLING, *Augustinus-Citate bei Thomas von Aquin*, *op. cit.*, p. 595.

pour ce qui concerne l'utilisation d'Aristote « Aucun concept n'est demeuré tel qu'Aristote l'avait élaboré[1]. » Doit-on faire la même constatation pour ce qui est de l'emploi du droit romain ? Nous ne le pensons pas ; car traiter les textes romains à l'aide de la philosophie aristotélicienne ne risquait pas de les trahir aussi fondamentalement que la même méthode appliquée à ceux de saint Augustin. L'influence de la philosophie stoïcienne et péripatéticienne sur les conceptions des juristes romains pouvait légitimer un tel rapprochement[2]. En tout cas, traiter le droit romain à l'aide de concepts aristotéliciens devait tirer à moins de conséquences que la même opération pratiquée sur le platonisant Augustin. Certes, c'était un Aristote vu (et déformé) à travers le Moyen Age qui était ainsi utilisé ; mais l'introduction d'éléments médiévaux dans le traitement des textes anciens n'était pas le propre de saint Thomas ; c'était le procédé normal employé par les juristes du temps, celui-là même par lequel ils différaient de leurs maîtres antiques.

Cette technique des glossateurs du Moyen Age, opposée à celle des juristes de l'empire romain, consistait dans l'application intégrale de la méthode scolastique au droit romain.

Il faut lire dans Sohm[3] le magistral tableau qui oppose l'exégèse misérable des derniers juristes byzantins de Ravenne à celle de la jeune école des commentateurs bolonais, dont l'esprit devait envahir la science du droit, donner à celui-ci une vie nouvelle, en universaliser l'autorité et en faire le conquérant d'un monde nouveau, alors qu'il paraissait radicalement coupé de sa source historique. Le miracle de la survie de ce droit, créé par un empire disparu, étendu et appliqué à une civilisation nouvelle qu'il devait imprégner dans toutes ses couches (religieuses comme temporelles), a été l'œuvre d'abord des humbles glossateurs, et puis surtout celle des post-glossateurs « Le nouveau droit commun de l'école des commentateurs avait en lui des forces capables de l'amener à la conquête du monde. Et c'est en ce sens que

1. M. SCHNEID, *Die Philosophie des hl. Thomas und ihre Bedeutung für die Gegenwart*, p. 27.

2. La mesure de cette influence est très difficile à évaluer, et les érudits sont très partagés sur son appréciation ; et cela, que ce soit sur le droit classique (cf. MONIER, *Manuel*, I. p. 83), ou sur le droit de Justinien (cf. travaux de Collinet et Riccobono, entre autres ; voir MONIER, *id.*, I, pp. 106 et suiv.). De toutes façons il y a certainement eu une influence aristotélicienne (outre celle du Stoïcisme), et même si l'opinion de SOKOLOWSKI (*Die Philosophie im Privatrecht*, 2 vol. Halle, 1902-1907) « ohne Zweifel ist hier die Bedeutung der Philosophie eine sehr umfassende und tiefe gewesen » (I, p. 95), n'est pas entièrement recevable (cf. BONFANTE, *Histoire du droit romain*, trad. franç., Paris, Rec. Sirey, 1928, I, p. 419), on ne peut lui dénier tout fondement. Sur cette question voir aussi : KÜBLER, *Grieschische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit*, dans *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Rome, 1933, I, pp. 94 et suiv., et surtout les articles de M. VILLEY, déjà cités.

3. R. SOHM, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, Duncker, 1899, 9e éd. ; ici pp. 133 et suiv. L'utilisation de l'autorité de Sohm faite en ces pages ne doit pas faire oublier la manière très tendancieuse avec laquelle il a interprété l'histoire du droit canonique à partir d'une fausse conception de l'Eglise et de l'autorité qui la gouverne ; pour lui Eglise et droit canon sont contradictoires, la première étant strictement spirituelle, le second purement temporel. On trouvera un résumé critique de la question (avec bibliographie) dans DE GHELLINCK, *op. cit.*, pp. 523-532.

les commentateurs ont d'abord rendu à l'histoire le service le plus décisif ils ont introduit la scolastique dans la science du droit[1]. » Et quelle est cette méthode scolastique qui a soulevé ce droit vétuste comme un levain ? C'est la méthode elle-même qu'employaient les théologiens : l'application de la dialectique et de la philosophie[2]. « De même que la scolastique du Moyen Age était une philosophie, de même la science des commentateurs était une jurisprudence philosophique[3]. »

Nous avons vu au chapitre V l'application de cette méthode aux vieux concepts romains de *ius naturale, ius gentium*... déduction, réduction à un ensemble rationnel, introduction de concepts généraux, etc..., enfin tout un effort pour relier le tout en une synthèse harmonieuse. Tels sont les traits caractéristiques de la méthode de saint Thomas, qui est la méthode même des romanistes médiévaux[4].

Plus précisément, la méthode du Docteur Angélique se rapproche de celle des post-glossateurs, de cette génération d'hommes qui fondent vraiment la science moderne du droit. En effet, désormais la glose du Corpus Juris est terminée, le travail minutieux des étroits commentateurs achevé c'est une ère qui se clôt ; une autre commence, celle de ces juristes qui élargissent l'horizon, et font véritablement des vieux textes romains quelque chose de vivant, et dont nous vivons encore nous-mêmes. Saint Thomas a agi de même. Il n'a pas considéré les extraits de droit romain qu'il utilisait comme des témoins desséchés du passé, mais comme quelque chose d'éternellement vivant, qui a toujours un rôle à jouer, rôle éducateur et protecteur de la vie humaine. Evidemment, ce faisant, il ne respectait guère le contenu et le sens primitif des textes ; mais qu'importait ! C'est parce qu'il avait une haute idée de ce droit (la même que celle de ses collègues juristes) qu'il n'a pas hésité à lui donner un emploi qui peut nous surprendre, mais qui seul a fait de lui une des bases essentielles du droit canonique et de la plupart des droits civils modernes. Persuadé de la pérennité du droit, son origine historique ne l'intéressait pas ; il voyait en lui une source actuelle, sur le plan naturel, au même titre que les données de la foi, sur le plan surnaturel. Par tous ces traits, saint Thomas est entièrement dans l'esprit des post-glossateurs qui aboutira peu après au génie d'un Bartole[5].

Si donc saint Thomas n'a pas été un juriste par formation, il l'a été

1. *Id.*, p. 141.
2. Sur cette appli tion par les glossateurs, voir F. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mitte ter*, Heidelgerg, 1834-1851, 2e éd., V, p. 603.
3. SOHM, *op. cit.*, 145.
4. SOHM, *Institutionen*, p. 74.
5. Schulte, si sévère pour les procédés employés par S. Thomas (« reine logische Spielereien... läppisch und sophistich », p. 482 ; pour les réserves à faire sur lui cf. De GHELLINCK, *Le mouvement, op. cit.*, pp. 470, et 501, note 2) reconnaît cependant que S. Thomas est « durch sein Einfluss auf die gesamte Wissenschaft des späteren Mittelalters auch für das kanonische Recht von einer unermässliche Bedeutung », dans *Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechts*, Stuttgart, 1875, II, p. 28, note 9.

par son esprit. Tout en lui le portait à tenir compte des données juridiques, à les universaliser, quitte quelquefois à les durcir. C'est, en effet, là peut-être un des points où sa méthode a manqué de souplesse. On a quelquefois l'impression qu'il considère le texte de droit de la même façon qu'un texte dogmatique ou métaphysique, l'érigeant en absolu, pour lui donner une portée universelle ; une formation juridique véritable lui aurait évité ces légers excès, qui n'en partaient pas moins d'une haute idée du droit.

Nous pouvons évoquer ici la théorie de Hölscher (assez peu connue en France) sur la transformation radicale, d'ordre moral, que le Moyen Age aurait fait subir au droit romain[1]. Il ne nous appartient pas de la juger en son fond[2] ; mais en ce qui concerne le jugement porté sur la méthode des juristes médiévaux (jugement qui prolonge celui de Sohm), nous ne pouvons pas ne pas y voir une illustration des qualités que nous reconnaissons à la méthode de saint Thomas elle a accompli la transformation spirituelle et morale que le Moyen Age a fait subir au vieux droit romain, le rendant par là apte à affronter une nouvelle destinée. Car ce n'est pas seulement l'introduction d'une méthode dialectique qui a procuré à ce droit son caractère universaliste ; c'est aussi et surtout l'introduction de l'esprit chrétien, qui centrant tout sur Dieu, a fait du droit humain (personnifié par le droit romain) la manifestation de la volonté divine par l'intermédiaire du droit naturel. Par le droit, Dieu attire à Lui et agit sur les hommes ; le droit naturel concrétise cette volonté divine universelle, et l'exprime par le droit positif. Nous avons vu par quels procédés dialectiques saint Thomas était parvenu à introduire rationnellement l'élément chrétien et à le justifier dans les vieux textes romains ; ce par quoi il ne faisait que prolonger le courant d'idées canonique et romaniste. Son génie a permis seulement de mettre plus d'ordre dans ce qui, avant lui, était ressenti comme une exigence de l'esprit chrétien et exprimé dans des formules gauches et maladroites ; il l'a fait en une synthèse rationnelle.

Ainsi, sans être dans son œuvre un juriste à proprement parler, et

1. E. HÖLSCHER, *Die ethische Umgestaltung der römische Individual-Justitia durch die universalistiche Naturrechtslehre der mittelalterlichen Scholastik (Veröffentlichung der Görres-Gesellschaft)*, Heft 59), Paderborn, Schöningh, 1932.

2. Le moins que l'on puisse dire est que l'auteur pousse jusqu'au paradoxe l'antithèse entre l'esprit individualiste (microscopique) du droit antique et l'esprit universaliste (macrocospique) du droit naturel médiéval ; les romains n'auraient eu que l'idée du droit (ein Illusion, ein Wunsch, ein Ziel...), le Moyen Age le mettrait en acte réalisé par les exigences morales. Entre les deux droits (ancien et nouveau) « es ist ein Kampf Materie und Geist ». L'auteur ne tient pas compte de l'aspect religieux de certains textes romains, ne serait-ce que de la belle définition démosthénienne de la loi, rapportée par Marcien (Dig. I.3.1 et 2), sans parler des titres essentiellement chrétiens du Code, par exemple.

Pour juger la théorie d'Hölscher, il faut la placer dans ses présupposés doctrinaux (théorie générale du droit) exposés dans *Sittliche Rechtslehre*, München, 2 vol. 1930, où on voit l'auteur placer le droit naturel en une sphère trop idéale, irréelle (un peu comme une « idée » platonicienne) « raumlos, zeitlos »... L'auteur expose encore ses idées dans *Vom römischen zum christlichen Naturrecht (Kirche und Gesellschaft. Soziologische Veröffentlichung des katholischen Akademikerverbandes*, IV), Augsburg, Haas und Grabherr, 1931. On trouvera une bonne mise au point sur ces doctrines, avec réserves, dans J. FUNK, *De jure naturali transcendente jus positivum*, Steyler, Haldenkirchen, 1947, pp. 67 et suiv.

malgré les déficiences imputables à une carence de formation juridique, saint Thomas se situe cependant admirablement dans la ligne spirituelle des grands romanistes médiévaux qui, au dire de Sohm, ont été les fondateurs de la science moderne du droit[1].

1. SOHM, *Institutionen...*, *op. cit.*, p. 141 qui reconnait aussi : « Unsere Rechtswissenschaft von heute stellt in sehr bedeutenden Masse ein Erbe der Scholastik des Mittelalters dar. » (Sur Sohm voir note 3, p. 136).

On connaît le bel éloge de S. Thomas par un des plus grands maîtres de cette science du droit, R. von Jhering. Il n'est peut-être pas inutile que nous en donnions ici une traduction ; c'est en rééditant (3e édit.), son grand ouvrage *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1898 (tome II, p. 161), que l'auteur a la loyauté d'écrire : « (Un recenseur de mon livre) me démontre par des citations de Thomas d'Aquin, que ce grand esprit avait déjà exactement connu l'importance à la fois concrète, sociale et historique de l'ordre moral. Je ne puis récuser le reproche que l'on me fait d'avoir méconnu la chose ; mais il concerne avec encore plus de poids les philosophes modernes et les théologiens protestants, qui ont négligé d'utiliser les conceptions grandioses de ce penseur. Je me demande avec étonnement, comment il a pu être possible que de telles vérités, après avoir été énoncées jadis, soient si complètement tombées dans l'oubli auprès de notre science protestante. Quels errements aurait-elle pu s'épargner si elle les avait méditées ! Pour ce qui me concerne, je n'aurais peut-être jamais écrit mon livre, si je les avait connues ; car les idées fondamentales qui m'ont tant préoccupé se trouvent exprimées et formulées de façon concise en une totale clarté par ce puissant penseur... » Et l'auteur de conclure non sans une certaine mélancolie : « Pour ma part, je ne suis malheureusement plus en état de rattraper le temps perdu. »

BIBLIOGRAPHIE

– *TEXTES UTILISÉS*

TEXTES DE SAINT THOMAS

Œuvres complètes

S. Thomae Aquinatis, o. p., Opera omnia ad fidem optimarum editionum recognita, Parmae, P. Fiaccadori, 1862-1873, 25 vol. in-4°; cette édition complète, dénommée de Parme, n'est pas critique ; nous ne l'avons utilisée que pour les œuvres qui n'ont pas fait l'objet d'une édition plus récente.

S. Thomae Aquinatis Doctoris Angelici Opera omnia, jussu impensaque Leonis XIII P.M. edita, Romae, 1882-1950, 16 vol. in-folio, parus. Cette édition dénommée léonine est critique ; mais elle est loin d'être achevée ; outre quelques commentaires d'Aristote, elle contient la *Summa Theologiae* et la *Summa contra Gentiles* ; pour ces ouvrages c'est l'édition que nous utilisons.

Œuvres partielles

Scriptum super Sententiis, ité par Mandonnet-Moos, Paris, Lethielleux, 4 vol. in-8°, 1929-1947, inachevé. Cette édition n'est pas critique, mais offre un texte soigné, surtout dans les deux derniers volumes (Moos).

Quaestiones disputatae, Quaestiones quodlibetales ; éditées par plusieurs auteurs (Spiazzi surtout), 3 vol. in-8°, Turin, Marietti, 1949. Cette i-tion n'est pas critique, mais soignée.

In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio edition Spiazzi, Turin, Marietti, 1949, texte soigné.

Pour tout les autres œuvres nous suivons l'édition de Parme.

TEXTES DE DROIT ROMAIN

Corpus Juris Civilis Institutiones, éd. P. Krüger ; *Digesta*, éd. Th. Mommsen et P. Krüger ; *Codex Justinianus*, éd. P. Krüger ; *Novellae*, éd. R. Schoell et G. Kroll. Berlin, Edition stéréotypée, 1928-1929.

Pour les Institutes nous avons aussi utilisé l'édition manuelle de F. Girard, dans *Textes de droit romain*, Paris, Rousseau, 1923, 5e édit., pages 636-797.

Pour la glose nous avons utilisé : *Corpus Juris Civilis justinianei, cum commentariis Accursii...*, Lugduni, Landry, 1618.

TEXTES DE DROIT CANONIQUE

ALLART. — Article *Esclavage*, dans le *Dictionnaire apologétique de la Foi catholique*, éd. d'Alès, Paris, Beauchesne, 1925, tome I, col. 1458-1522.

ARBUS, A. — *Humanisme et Sagesse dans les sciences du droit*, dans *Revue Thomiste*, 1950, p. 577 et suiv.

ARANGIO-RUIZ, V. — *Istituzioni di diritto romano*, Napl , 1946, 8e éd.

ARANGIO-RUIZ, V. — *Storia del diritto romano*, Naples, 1947, 5e éd.

AZAIS, Yv. — Voir FLICHE.

BALLERINI-PALMIERI. — *Opus theologicum morale*, Prati, 1880.

BARTH-GOEDERKEMEYER. — *Die Stoa*, Stuttgart, Fromman, 1947.

BASLER, X. — *Thomas von Aquin und die Begründung der Todesstrafe aus der absoluten Ueberlegenheit des Staates über das Individuum*, München, 1931 (Thèse).

BECK, Alex. — *Römisches Recht bei Tertulian und Cyprian* (*Schriften der königsberger Gelehrten Gesellschaft*, Heft 2), Halle an d. Saale Max Niemeyer, 1930.

BLASER, P. — *Das Gesetz bei Paulus*, Münster i. Westf., 1941.

BONFANTE, P. — *Histoire du Droit romain*, trad. franç. Paris, Sirey, 1928.

BONSIRVEN. — *S. Paul. Epître aux Hébreux*, Paris, Beauchesne.

BOUCHÉ-LECLERCQ. — *Manuel des Institutions romaines*, Paris, Leroux, 1931.

BOURKE, V.J. — *Thomistic Bibliography*, S. Louis, U.S.A., The Modern Schoolman, 1945.

BRASSLOFF. — Art. *Conscripti*, dans Pauly-Wissowa, *Real-Encyclopädie der klass. Alterumswissenschaft*, t. IV, col. 891-895.

CARLYLE, R.W. et A.J. — *A history of medieval political theory in the West*, London, W. Blackwood and Soons, 1903-1936, 6 vol.

CASTELLO. — *La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo in diritto romano*, Naples, Jovine, 1948.

CATHREIN, V. — *Das « Ius gentium » im römischen Recht und beim hl. Thomas von Aquin*, dans *Philosophisches Jahrbuch*, 1889, II, p. 373-388.

CHENU, M.D. — *Introduction à l'étude de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 1950.

CLERCQ, (de) C. — Art. *Corpus Iuris Civilis* dans le *Dict. de droit canonique*, Paris, Letouzey, IV, col. 644-680.

CONRAT, M. — *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen im früheren Mittelalter*, Leipzig, 1889-1891, 1 vol.

CORNELY, R. — *Commentarius in S. Pauli ap. epistolas. I. Epist. ad Romanos*, Paris, Lethielleux, 1896.
COSTA, E. — *Cicerone giureconsulto*, Bologne, 1927, 4 vol.
DAUVILLER, J. — *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise*, Rec. Sirey, 1933.
DAVITT, Th. — *The Nature of Law*, S. Louis, U.S A Herder, 1951.
DEFOURNY, J. — *Aristote, Etude sur la Politique*, Paris, 1932.
DELOS, J. — *Droit, morale, mœurs*, Paris, Rec. Sirey, 1936.
Id. — *La Justice*, Paris, Desclée Cie, 1932.
DI CARLO, E. — *La filosofia giuridica e politica di San Tommaso d'Aquino*, Palerme, Palombo, 1945.
DUDBLED, H. — Art. *Mancipium au Moyen Age*, dans *Revue du Moyen Age latin*, V, 1949, p. 51-56.
DURAND-MISSEREY. — *Le Mariage*, Paris, Desclée Cie, 1930-1945, 3 vol.
DUYNSTEE, W.J. — *Der leer der straf van den h. Thomas van Aquino*, Rodevoering, Nimègue, 1928.
ESCHMANN, Th. — *Studies on the notion of society in S. Thomas Aquinas*, dans *Medieval Studies*, 1946, VIII, p. 1-42.
ESMEIN-GÉNESTAL. — *Le mariage en droit canonique*, Paris, Rec. Sirey, 1929.
ESMEIN, A. — *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Rec. Sirey, 10e éd., 1910.
FABRO, C. — *La nozione metafisica di partecipazione secondo San Tommaso d'Aquino*, 2e éd. Turin, E.E.I., 1950.
FLICHE, Aug. et AZAIS, Yvonne. — Dans tome 10 de l'*Histoire de l'Eglise*, de Fliche et Martin, Paris, Bloud et Gay, 1950 Liv. III, chap. 3 *Le malaise occidental*.
FOURNIER-LE BRAS. — *Histoire des Collections canoniques en Occident, depuis les fausses décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, Paris, Rec. Sirey, 1932, 2 vol.
FUCHS, J. — *Die Sexualethik des hl. Thomas von Aquin*, Köln, Bachem, 1949.
FUNK, J. — *De iure naturali transcendente ius positivum*, Haldenkirchen, 1947.
GAUDEMET, J. — *La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien*, dans *Revue de droit canonique*, 1951, I, p. 5-31.
GEBAUER, W. — *Die Aufnahme der Politik des Aristoteles in die naturrechtliche Begründung des Staates durch Thomas von Aquino*, Stuttgart, Kohlhammer, 1936.
GEENEN, G. — Article *Saint Thomas d'Aquin et les Pères*, dans *Dict. Théol. cath.* de Vacant-Mangenot, Paris, Letouzey, 1946, XV, col. 738-761.
GEIGER, L.B. — *La participation dans la philosophie de S. Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 1942.
GENZNER, E. — *Vorbilder für die Distinctionen der Glossatoren*, dans *Acta Congrs. iuridic. internat.*, Rome, 1934, II, p. 343-356.
GHELLINCK (de), J. — *Le mouvement théologique du XIIe siècle*, Bruxelles-Paris, Desclée de Br., 1948, 2e édit.
GIERKE (von), O. — *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1881.
GIFFART, A.E. — *Précis de droit romain*, Paris, Dalloz, 1947.

GILLET, P. — *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le code de droit canonique*, Malines, Godene, 1937.

GLORIEUX, P. — *Pour qu'on lise le « De Perfectione »*, dans *Supplément à la Vie Spirituelle*, juin 1930, p. 97-127.

GMÜR, A. — *Thomas von Aquin und der Krieg. Beitrag zur Kulturgeschichte des Mittelalters und der Renaissance*, Leipzig Teubner, 1932.

GRABMANN, M. — *Die Aristoteleskommentare des hl. Thomas von Aquin*, dans *Mittelalterlisches Geitesleben*, 1936, I, p. 266-313.

Id. — *Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin*, dans *Archiv für Rechts = und Wirtschafts philosophie*, 1932, XVI.

Id. — *Thomas von Aquin. Eine Einführung in seine Persönlichkeit und Gedankenwelt*, München, 1935, 6e éd.

Id. — *Die Werke des hl. Thomas von Aquin*, Münster, Aschendorf, 1949, 3e édit.

GRANERIS, G. — *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Torino, S. E.I., 1949.

HAGENAUER, S. — *Das « iustum pretium » bei Thomas von Aquino*, Stuttgart, Kohlhammer, 1931.

HENRY. — *Thomisme et propriété privée*, dans *Collectanea Mechliniensis*, tome XVIII, 1929.

HERING, H. — *De iure subjective sumpto apud S. Thomas*, dans *Angelicum »*, 1935, pp. 295-297.

HERTLING (von), G. — *Augustinus-Citate bei Thomas von Aquin*, dans *Sitzungberichte der philosophisch-philologischen und der historischen Klasse der königlisch-bayerischen Akademie der Wissenschaften zu München*, München, 1905, pp. 535-602.

HIRSCHENAUER, R. — *Die Stellung des hl. Thomas von Aquin im Mendikantenstreit an der Universität Paris*, St. Ottilien, Missionsverlag, 1934.

HÖLSCHER, E. — *Die ethische Umgestaltung der römischen Individual Justitia durch die universalistische Naturrechtslehre der mittelalterlichen Scholastik*, dans *Veröffentlichung der Görres-Gesellschaft*, Heft 59, Paderborn, Schöning, 1932.

Id. — *Sittliche Rechtslehre*, München, 1930.

Id. — *Vom römischen zum christlichen Naturrecht*, dans *Kirche und Gesellschaft. Soziologische Veröffentlichung des katholischen Akademikerverbandes*, IV, Augsburg, Haas und Grabherr, 1931.

HORVATH, A. — *Eigentumsrecht nach dem hl. Thomas von Aquin*, Graz, Moser, 1929.

ISAAC, J. — *La notion de dialectique chez S. Thomas*, dans *Revue des scier philosophiques et théologiques*, octobre 1950, pp. 481-506.

JHERING (von), R. — *Der Zwech im Recht*, Leipzig, Breithkopf und Härtel, 1898, 3e édit.

KAMPHUISEN, P.N. — *L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains*, dans *Rev. hist. du droit franç. et étr.*, 1932, pp. 389-412.

KANTOROWICZ H. — *The « quaestiones disputatae » of the Glossatores*, dans *Revue hist. du droit franç. et étr.*, 1938, pp. 19 et suivantes.

KÜBLER. — *Grieschische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen*

Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit, dans *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Rome 1933, I, pp. 94 et suiv.

KUHLMANN, B.E. — *Der Gesetzbegriff beim hl. Thomas von Aquin im Lichte des Rechtsstudium seiner Zeit*, Bonn, Hanstein, 1912.

KUTTNER, St. — *Repertorium der Kanonistik* (1140-1234), *Prodromus corporis glossarum*, I, (*Studi e Testi* 71), 1937, Cité du Vatican.

Id. — *Sur les origines du terme « droit positif »*, dans *Revue hist. du droit franç. et étr.*, 1936, pp. 728-740.

LACHANCE, L. — *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, Montréal et Paris, Rec. Sirey, 1933.

Id. — *L'humanisme politique de S. Thomas*, Paris, Rec. Sirey, 1939.

LAGARDE (de), G. — *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*, tome III *Secteur social de la scolastique*, Paris, P.U.F., s.d.

LAGRANGE, M.S. — *S. Paul. Epître aux Romains*, Paris, Gabalda, 1916.

LANDOLT, A. — *Das Naturrecht im codex Iuris Canonici*, Bâle, 1951.

LAVERSIN, M.J. — *La Loi*, Paris, Desclée et Cie, 1935.

LE BRAS, G. — Article *Mariage*, dans le *Dict. de Théol. Cath.* de Vacant-Mangenot, Paris, Letouzey, IX, col. 2175 et suiv.

Id. — Article *Usure*, dans même *Dict.*, XV, col. 2316 et suiv.

Id. — Cf. Fournier.

LEMONNYER, A. — *La vie humaine*, Paris, Desclée et Cie, 1926.

LINHARDT, R. — *Die Sozial-Prinzipien des hl. Thomas von Aquin*, burg i. Brisg., Herder, 1932.

LOMBARDI, G. — *Sul concetto di « ius gentium »*, Roma, Istituto di romano, 1947.

LOTTIN, O. — *Le droit naturel chez S. Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, Beyaert, 1931, 2e édit.

Id. — *Le problème de l'ignorantia iuris de Gratien à S. Thomas d'Aquin*, dans *Psychologie et Morale aux XIIe et XIIIe siècles*, Gembloux, Duculot, 1949, III.

Id. — *La définition thomiste de la loi*, dans même collection, II.

Id. — *Loi morale naturelle et loi positive d'après S. Thomas d'Aquin*, Louvain, 1920.

Id. — *Principes de Morale*, Paris, Desclée De Br., 1947.

MAGGIORE, G. — *Lex naturalis e ius naturale in San Tommaso d'Aquino*, dans *Archivio di Filosofia*, avr.-juin 1933, 131-139.

MAHIEU, L. — *Cicéron moraliste, son information et ses idées*, dans *Mélanges de science religieuse*, 1948, I, 89-108.

MANDONNET-DESTREZ. — *Bibliographie Thomiste*, Le Saulchoir, 1921.

MANSER, G. — *Das Naturrecht in thomistischer Beleuchtung*, Freiburg i. Schweiz, 1945.

MAURENBRECHER. — *Thomas von Aquinos Stellung zum Wirtschaftsleben seiner Zeit*, Leipzig, Weber, 1898.

MAURER, C. — *Das Gesetzlehre des Paulus nach ihrer Ursprung und in ihrer Entfaltung dargelegt*, Zollikon, Zürich, 1941.

MENESSIER, I. — *La religion*, Paris, Desclée et Cie, 1930.

MICHEL, A. — Article *Sacrements*, dans le *Dict. de Théol. Cath.* cant-Mangenot, Paris, Letouzey, XIV, 485-644.

MISSEREY, L. — *Le mariage*, Paris, Desclée et Cie, 1930.

MONIER, R. — *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1947, 6e édit.

Id. — *Vocabulaire de droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1949, 4e édit.

OLGIATTI, F. — *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Milano, Vita e pensiero, 1944.

OLIVER-MARTIN, Fr. — *Histoire du droit français*, Paris, Domat-Montchrestien. 1951.

ONCLIN, E. — *Le droit naturel selon les Romanistes des XIIe et XIIIe siècles*, dans *Miscellanea Janssens*, p. 329-338.

PARADISI. — *Storia del diritto internazionale nel medio evo*, Milano, 1940.

PASSERIN D'ENTRÈVES. — *Diritto naturale e distinzione fra morale e diritto nel pensiero di San Tommaso d'Aquino*, dans *Rivista di Filosofia neoscolastica*, XXIX, 1937, p. 473-503.

PFLÜGER. — *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach röm. Recht*, dans *Zeitsch. der Savignystift.*, Röm. *Abteilung*, tome LXV, 1947, p. 121-218.

QUIRMBACH. — *Die Lehre des hl. Paulus von der natürlichen Gotteserkenntnis und dem natürlichen Sittengesetz*, Freiburg i. Brisg., Herder, 1906.

REINER, H. — *Rousseaus Idee des Contrat Social und die Freiheit des Staatsbürgers*, dans *Archiv für Recht = und Sozialphilosophie*, 39, 1950-1951, p. 36-62.

RENARD, G. — *La philosophie de l'Institution*, Paris, 1939.

RIVAUD, A. — *Histoire de la philosophie*, Paris, P.U.F., 1948.

ROBILLARD, J. — *Sur la notion de condition (status) en S. Thomas*, dans *Revue des sciences phil. et théol.*, 1936, p. 104-109.

ROLAND-GOSSELIN. — *La morale de S. Augustin*, Paris, 1925.

SAVIGNY, F. — *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1834-1851, 2e édit.

SCHILLING, O. — *Die Staats = und Soziallehre des hl. Thomas von Aquin*, München, Max Hüber, 1930, 2e édit.

SCHNEID, M. — *Aristoteles in der Scholastik*, Eichstätt, Hugendubel, 1875..

Id. — *Die Philosophie des hl. Thomas und ihre Bedeutung für die Gegenwart.*

SCHREYVOGL, F. — *Ausgewählte Schriften zum Staats = und Wirtschaftslehre des Thomas von Aquin*, Iena, 1923.

SCHULTE (von), F. — *Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechts*, Stuttgart, 1875.

SCHWER, W. — *Stand und Ständeordnung im Weltbild des Mittelalters. Die geistes = und gesellschaftsgeschichtlichen Grundlagen der berufständischen Idee*, Paderborn, Schöning, 1934.

SCHWALM, M.B. — Article *Communisme*, dans le *Dict. de Théol. Cath.* de Vacant-Mangenot, Paris, Letouzey, III, col. 582 et suiv.

SCHWIND, F. — Tome Ier de *Römisches Recht*, par ` hwind et Kreller, I, *Geschichte, Rechtgang, System des Privatrechtes*, Wien, Springer, 1950.

SÉJOURNÉ, P. — *Saint Isidore de Séville, son rôle dans l'histoire du droit canonique*, Paris, Beauchesne, 1929.

SENN, F. — *De la Justice et du Droit*, Paris, Rec. Sirey, 1927.

SERTILLANGES, A.D. — *La Philosophie morale de S. Thomas d'Aquin*, Paris, nouv. édit., Aubier, 1942.

SOHM, R. — *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, Duncker, 1899, 9e édit.,

SOKOLOWSKI. — *Die Philosophie im Privatrecht*, Halle a. Saale, 1902-1907.

SOUSBERGHE (de), L. — *Propriété de droit naturel*, dans *Nouvelle Revue Théologique*, 1950, p. 580-607.

SPICQ, C. — *La Justice*, Paris, Desclée et Cie, 1934.

Id. — *Notes de lexicographie philosophique médiévale : Dominium, possessio, proprietas, chez S. Thomas et chez les juristes romains*, dans *Revue des sciences phil. et théol.*, 1929, XVIII, p. 260-281.

Id. — Article *Saint Thomas exégète*, dans le *Dict.* de *Théol. Cath.* de Vacant-Mangenot, Paris, Letouzey, XV, col. 694-738.

STANG, A. — *La notion de la loi dans Saint Thomas*, Paris, Edit. et publ. contemporaines, 1926.

STINZING. — *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts*, Leipzig, 1867.

Id. — *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1880.

STUTZ, U. — *Der Geist des Codex Iuris Canonici*, Stuttgart, 1918.

TALAMO, S. — *Il concetto della schiavitù da Aristotele ai dottori scolastici*, Rome, 1908.

TEETAERT, A. — Article *Raymond de Pennafort*, dans le *Dict. de Théol. Cath.* de Vacant-Mangenot, Paris, Letouzey, XIV, col. 1806-1829.

THOUZELLIER, Ch. — *L'enseignement et les Universités*, dans le vol. 10 de l'*Histoire de l'Eglise*, de Fliche et Martin *La Chrétienté médiévale*, Paris, Bloud et Gay, 1950, p. 341-386.

TISCHLEDER, P. — *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach der Lehre des hl. Thomas und seiner Schule*, München, Gladbach, 1923.

ULLMAN, W. — *Medieval papalism. The political theories of the medieval canonists*, London, Methuen, 1949.

VAN DEN EYNDE, D. — *The terms « ius positivum » and « signum positivum » in twelfth Century Scholasticism*, dans *Franciscan Studies*, New-York, 9, march 1949, p. 41-49.

VAN HOVE, A. — *Prolegomena (Commentarium Lovaniense in codicem iuris canonici*, vol. I), Mechliniae, Romae, Dessain, 1945.

Id. — *De legibus ecclesiasticis*, de la même collection.

VAN STEENBERHEN, F. — *Le XIIIe siècle*, dans le vol. 13 de l'*Histoire de l'Eglise*, de Fliche et Martin ; *Le mouvement doctrinal du XIe au XIVe siècle*, Paris, Bloud et Gay, p. 179-330.

Id. — *Aristote en Occident. Les origines de l'aristotélisme parisien* (*Essais Philosophiques*, I), Louvain, 1946.

VETULANI, A. — *Une suite d'études pour servir à l'histoire du Décret de Gratien*, dans *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 4e série, 1937, XVI, p. 461-474.

VILLEY, M, — *Logique d'Aristote et droit romain*, dans *Revue historique du droit français et étranger*, 1951, p. 309-328.

Id. — *Deux conceptions du Droit naturel dans l'Antiquité*, dans *Revue historique du droit français et étranger*, 1953, p. 475-497.

VINOGRADOFF, F. — *Roman Law in medieval Europe*, Oxford, 1929, 2e éd., par F. de Zulueta.

WAGNER. — *Das natürliche Sittengesetz nach der Lehre des Thomas von Aquin*, Freiburg im Brisg. Herder, 1911.

WALTER, E. — Article *Thomas von Aquino*, *Handwörterbuch der Staats* =

wissenschaften, de L. Elster, Weber et Wieser, Iena, Fischer, 1928, 8° vol., col. 232 et suiv.

WALZ, A. — Article *Thomas d'Aquin (saint)*, I, Vie, III, *Ecrits*, dans le *Dict. de Théol. Cath.* de Vacant-Mangenot, Paris, Letouzey. XV, col. 618-631.

WELTY, E. — *Gemeinschaft und Einzelmensch*, Salzburg, Pustet, 1933.

WERNZ-VIDAL. — *Ius canonicum*, Roma, P.U.G., 1937-1946.

WIEGAND, H. — *Die Staatslehre des Thomas von Aquin und ihre Bedeutung für die Gegenwart*, dans *Beiträge zur Rechts-philosophie und zur politischen Ideengeschichte*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1930.

WITTMAN, M. — *Die Ethik des hl. Thomas von Aquin*, München, Max Hüber, 1933.

ZEILLER, J. — *L'idée de l'Etat chez S. Thomas*, Paris, Alcan, 1910.

TABLE DES TEXTES CITÉS

I. ŒUVRES DE SAINT THOMAS

II. 9.1.3.co..... 36
— 20 exposit. t 110
— 22.2.2.co..... 49
— 41.1.1.ad4..... 76
— 42.2.2.3..... 127
— 44.2.2.ad2..... 118

III. 10.2..... 35
— 10.2.1.2.ob1..... 35
— 18.2.ob6..... 42
— 29.8.1..... 30
— 33.3.3.ob3..... 43
— 37.3.ob4..... 108
— 37.3.sc2..... 90
— 37.6..... 73
— 39.3.2..... 26
— 39.5.2.sc2..... 26

IV. 1. Exposit. t 38
— 1.1.5.1.ad1..... 37
— 3.1.4.1.ad2..... 132
— 9.3.2..... 43
— 15.1.1.2..... 126
— 15.2.1.2.ob5..... 26
— 15.2.4.2.et3..... 66
— 15.2.4.3.ad2..... 64
— 15.3.1.4.ad3..... 80
— 15.3.1.4.co..... 106
— 15.3.2.1.co..... 107
— 16.2.2.3 127
— 17.3.1.2..... 98
— 17.3.2.1.ad1..... 26
— 19.2.1..... 127
— 20.1.3.ob4..... 26
— 21.2.2.ad4..... 43
— 22.1.1.ob4..... 30
— 24.2.3..... 32
— 25.2.1.2.ad2..... 44
— 26.1.1.ob1 et sc. 97
— 26.1.1.sc..... 109
— 27.1.1.3.ob4..... 109
— 27.1.2.1.sc1 et 110

IV. 27.1.3.1.ob1..... 59
— 27.1.3.1.ob et 59, 112
— 29.1..... 46
— 29.1.1.ob3..... 47
— 29.1.1.sc2..... 43
— 29.1.2.ob et 48
— 29.1.2.ad2..... 43
— 29.3.3.ad1..... 44
— 30.1.1.sc.1..... 44
— 30.1.1.co..... 44
— 32.1.1.ad3..... 91
— 33.1.1.co..... 103
— 33.1.1.ob et , 131
— 33.1.2.co..... 111
— 33.1.3.1.ob et 45
— 33.2.1.co..... 112
— 33.2.2.1.co..... 112
— 33.3.1.ad3.....
— 33.3.2.ad1..... 132
— 34.1.2.sc2..... 46
— 35.1.6.ob1..... 46
— 35.1.6.ad3..... 46
— 36.1.1.ob3..... 115
— 36.1.1.ad2..... 118
— 36.1.2.ad2..... 45
— 36.1.3.ob2 et 45
— 36.1.4.sc..... 49
— 36.1.5.ob1..... 41
— 36.1.5.co..... 81
— 37.2.1.ob et 69
— 37.2.1.ob4..... 42
— 38.1.1.1..... 54
— 38.1.2.3.co..... 54
— 38.1.3.1.ad7..... 57
— 38.1.3.2.co..... 116
— 38.1.3.2.ad1..... 45
— 38 Expositio t 116
— 38.2.4.1.ad1..... 25
— 39.1.4.ob4..... 50
— 40.1.1..... 37
— 40.1.2 et 3..... 59
— 40.1.3.ob et 99
— 40.1.4.sc2..... 59
— 41.1.2.1.ob2..... 42
— 41.1.3.1 et 2..... 60

IV. 41.1.3.3.co. 60
— 41.1.4.1.co. 62
— 41.1.5.1.ad1..... 44
— 41.1.5.1.ad2..... 70
— 41.1.5.2.co..... 43
— 41 Expositio textus 49
— 42.2.1..... 61
— 42.2.1.co..... 90
— 42.2.1.ob et ad3. 62
— 42.2.1.ob et ad4.. 62
— 42.2.1.ad5..... 62
— 42.2.1.ad7..... 91
— 42.2.3.co et ad3..... 62
— 44.2.2.2.co. 32
— 44.2.2.ad2..... 118
— 44.2.3.ad4..... 61
— 49.4.1.ob1, 3 et 4 33
— 49.4.1.co.....25, 32, 133
— 49.4.1. 1..... 33
— 49.4.3.co. 34
— 49.5.3.1. 110

b) *Somme Théologique*

I. 24.1.co. 36
— 36.3.co et ad4..... 36
— 96.4 118
— 98.1. 118
— 108.1. 36

I.II. 6.8.co 95
— 20.6.ad3 115
— 46.7.ad2. 127
— 58.2. 91
— 74.7 26
— 75.3. 2 127
— 81.1.co 127
— 90.1..... 76
— 90,1.ob3 83
— 90.1.ad1 100
— 90.3.sc..... 85
— 90.4.ob3 82
— 91.3.ad1 76
— 92 Introd. et 92.2 78
— 92.2.ob1 79
— 92.2.ad4 83
— 93.6. 100
— 94.2 100
— 94.5.ad3 118
— 95.2.ob4 108
— 95.2.co. 107
— 95.3.co. 79
— 95.4.co. 108
— 96.1.sc..... 81
— 96.1.co. 81
— 96.1.ad2 79
— 96.5.ob3 84
— 96.6.co. 81
— 97.2.co 82
— 98.6.ad2 115

I.II. 99.4.co .
— 100.6 et 8.....
— 100.8.....
— 101.3.ad2
— 105.2.....
— 105.2.ob11
— 105.2.ad2
— 105.2.ad4
— 105.2.ad9

II.II. 10.7.ob2 42
— 10.10.ad3 115
— 10.11.co. 67
— 13.3.ad1 127
— 19.1.co 127
— 24.9.co 30
— 26.8..... 37
— 32.7.co 66
— 32.7.ad2 64
— 34.2.co 127
— 40.2.co. 37
— 56.2.ad2 48
— 57.1.ob et ad1 90
— 57.1.ad2 76
— 57.2.co..... 108
— 57.3.ob1 et co..... 102
— 57.3.ob et ad2 114
— 57.3.co 116
— 58.1 titre..... 89
— 58.11.sc..... 89
— 59.4.ad1 43
— 60.5.ad2 80
— 61.3.co. 127
— 62.3..... 128
— 62.4.co 126
— 65.1.2 et 3..... 127
— 66.2.ad1 et ad2 116
— 66.3.ad1 48
— 66.4..... 117
— 66.5.ad2..... 116
— 66.6.ad2.... 127
— 66.7 118
— 66.9.sc..... 117
— 67.1.ad3 127
— 67.2.co , 67
— 67.3.ad2..... 127
— 68.2 25
— 68.2..... 26
— 68.4.ad3 67
— 69.2.ob1 69
— 69.3 26
— 70.1 et 2..... 26
— 72.1.ad3 126
— 77.1. 68
— 77.3. 49
— 78..... 72
— 78.1.co et ad6 73
— 78.1.ad3..... 74
— 79.4.ad1 127
— 81.8.co 38

II.II. 86.3.ob.1 66
— 87.3 91
— 88.7.co et 56
— 88.11.co 131
— 99.4.ob1 42
— 103.3.co 115
— 106.3. 4 115
— 108.2.co 127
— 108.3.co 127
— 108.4.co 127
— 108.4.ad1 115
— 108.4.ad2 .....127 128
— 118.8.ad3 117
— 120.1.ob3 et ad1..... 81
— 120.2.co . 80
— 125.4.ob2 48
— 147.4.co . 81
— 154.2.co . 109
— 154.10.ad2 42
— 183.1.sc..... 29
— 183.1.co..... 29
— 183.1. 3..... 29
— 184.4.co . 56
— 185.6.co . 118
— 186.1.co 56
— 187.3 116
— 187.5.ob3 53
— 189.3.co et 32
— 189.3.co 56
— 189.5.co 56
— 189.6.ad3..... 58

III. 14.1.ad3 127
— 23.1.co et 35
— 45.4.co . 35
— 46.3.ob3 91
— 60.1.ad2 37
— 63.1 .. 37
— 67.2.co . 91
— 72.10 37
— 80.4.ad5 43
— 80.8.ad5 41
— 88.3.ob et ad2 . 31

c) *Summa contra Gentiles*

III. 123 107
— 133 118
IV. 90 127

d) *Quaestiones disputatae*

De Veritate, 1.5.ad13..... 90
— 17.3.ad4..... 43
— 17.4.ad5..... 43
— 23.6.ob2..... 83
— 27.7. 116
— 28.8.ad7..... 44
De Malo, 4.8.ob et ad15.... 50
— 13.4.....72, 73
De Malo, 13.4.ob14.....
De Correct. frat. 2.ob18.....

e) *Quaestiones quodli*

I. 6.
I. 12
I. 16. .....
I. 19.sc.....
II. 7.ad2.....
— 8.
— 10.sc1.....
— 10.
III. 18.
— 19 .....
— 27.ad2.....
— 29. .....
IV. 23.ob et
V. 15.co
VI. 13
VII. 17
VIII. 10.....
IX. 15.....
XI. 9.....
XII. 24.co

f) *Opuscules*

Contra pestiferam, 3 .....
— — 13 .....
De Perfectione, 16.....
Contra impugnantes, 3 .....
— — 4 .....
— — 7
De regimine Princ. 2.3.
De rationib. fidei. 7.....
De decem praeceptis. 7.....

g) *Commentaires d'Aris*

Ethique 1.1 36
— 4.5 66
— 5.6 25
— 5.12 ...99, 105, 106, 107
— 5.14 106
— 5.16 81
— 8.9 52
Politique 3.12 82
— 7.12 44
Métaphysique 3.1 28

h) *Commentaires de l'Ecriture*

Job 20.2.....
— 21.1.....
Psaumes 5.7
— 7.5
— 16.1
— 34.15 .....

Psaumes 49.1 26
— 50.6 27
Isaie 5.1. 26
— 9. 26
— 42 (fin) 26
— 44 (début) 27
Jérémie 2.2. 27
Matthieu 23 26
Jean 3.4 27
Epître aux Romains, 13.1 26
— — Galates, 4.1. 26
— — Philip. 4.1 27
— — Hébreux 12.4. 27

II. TEXTES DE DROIT ROMAIN

1.1.1 89
1.2 128
1.2.1 et 2 105
1.2.6 82
1.3 128
1.6.7 44
1.8.2 45
1.9 128
1.11.1 et 4 .. 62
1.11.9 et 10 62
1.16.1 30
1.16.5 29
2.1.7 37
2.1.18 116
2.1.37 50
2.1.39 117
2.4.2 74
2.8 128
3.5 et 23 128
4.1 128
4.4.1 126
4.18.4 42
1.6.2 45
1.7.2 et 15. 61
1.7.17 et 21 62
1.7.16 35
1.7.23 62
1.8.1, 8, 9 et 11. 37
1.8.3 116
1.8.9. par. 3 38
1.9.3 et 7 29
2.1.15 44
2.12.8 41
3.2.11 par. 4 43
4.2.1 48
4.2.2 128
4.2.6 47
4.2.7 48
4.2.9.7 43
4.4.1 et 3 41
4.4.16 par 4 68
5.3.27 50
6.1.36 49
7.5.1 et 2 74
11.5.1 et 4 64
12.5.4 66
13..6.3 par. 6 73
17.1.10 par 4 72
17.2.19 51
19.5.24 72
21.1.1 par. 7 48
21.1.14 par. 10 49
21.1.19 par. 2 54
21.1.38 48
22.1.28 50
22.6.8 44
22.6.9 43
23.2.1 109
23.3.1 32
23.3.2, 3, 7, 56 et 76. 33
23.3.7 et 42 32
24.3.1 et 2 33
25.3.6.1 30
28.1.5 56
29.1.1 37
30.1.84 par. 10 50
35.2.91 42
37.1.10 43
38.16.1 par. 2 et 9 42

41.1.9 50
42.3.4 58
43.8.2.16 52
47.2.1 par. 3 117
47.2.43 par. 4 et 5 117
47.2.48 par. 6 50
47.10.1 126
47.15.7 69
48.5 42
48.5.6 et 38 62
48.5.22 par. 2 69
48.5.24 69
48.5.38 par. 8 69
48.8.1 par. 5 69
48.13.7 et 11 42
48.21.1 69
49.16.16 37
49.17.19 37
50.9.5 46
50.12.3 54
50.15.5 36
50.16.7 83
50.16.131.1 127
50.17.10 128
50.17.30 110
50.17.106 et 176 44
50.17.126, 132 et 151 45
50.17.185 46
42
42
81
83
81
46
82
128
43
128

2.4.18
2.43.3
3.28.35
3.32.7
3 .32.11
3.43.2
3.43.3
4.10.12 .....
4.44.2 et 8
5.4.24
5.12.20
5.27.3 .....
6.7.2 et 4
7.39
7.47 .....
7.71.1 et 8
8.48.2 .....
8.48.2 et 10 .....
9.9 .....
9.13.1
11.25
12.35 .....
12.36.15

22.5
78.2
80.5
89.2 .....
89.12 et 15 .....
117.2
117.12
118

e) *Glose ordinaire*

Dig. 1.1.2 .....
— 1.3.25 .....
— 6.1.5 par. 2
Code 3.6.3.....

III. TEXTES DE DROIT CANONIQUE

Di. 1.1 et 7..... 96
— 1.6 et 8..... 105
— 2.1 85
— 4.2 82
— 8.1 116
— 10.1 59
— 35.1 64
— 38..... 43

Ca. 1.4.12 43
— 2.3.8..... 69

Ca. 2.6.40.....
— 6.4.6.....
— 12.1.2.....
— 12.2.60 et 61.....
— 15.2.....
— 17.4.29.....
— 21.3
— 23.8.....
— 27.2 introd..
— 27.2.19.....
— 29.1.1.....
— 32.4.15.....
— 33.2.6.....

Ca. 33.3.4 (30
— 35.2.8 62
— 35.5 60
— 36.2.1 62
— 36.2.3 42

X. 1.2.6 83
— 1.2.13 82
— 1.18.8 50
— 1.29.24 41
— 1.38.5 42
— 1.40.4 ..... , 48
— 2.26.5 et 20..... 70
— 2.27.26. 45
— 3.1.15 64
— 3.35.6 55
— 4.2.9 et 10 44
— 4.14.8 70
— 4.15 46
— 5.3.29. 37
In VI°. 3.15 56
— 5.12 (45

i. 1.7 (ius naturale) 116
— 10.1 (lex humana) 73
— 27.2 (quidam) 57
— 35.1 (episcopus) 64
— 86.8 (meretricibus)..... 66

Ca. 12.1.2 (omnium) 116
— 12.2.62 (octava)..... 31
— 14.5.1 (quod vero) 66
— 14.5.6 (4) (si quia) 117
— 17.4.4 (sacrilegium)..... 37
— 17.4.29 (22) (repetundar) 42
— 20.3.1 (quod autem) .47, 48
— 27.1.4 (fortassis) 69
— 29.1.1 (quod autem)..... 44
— 30.3 (quod autem)..... 62
— 30.3.1 (verenandae)..... 62
— 32.4.4 (stuprum)..... 62
— 32.4.9 (nec sanguinis)... 51
— 32.4.15 (liberi) ..50, 51, 60
— 33.2.6 (inter haec) 69
— 33.2.9 (adulterium) 73

d) *Glose ordinaire des Décrétales*

X. 1.4.9 (vel novas) 82
— 1.18.8 (mater sua) 51
— 1.19 (infamatur) 57
— 1.40.4 (causa)..... 47
— 1.40.6 (additio) 43
— 2.13.8 (et ab eo) 49
— 2.26.5 (casus) 70
— 3.1.15 (ad alias) 64
— 3.17.3 (deceptione) 68
— 3.26.10 (improbamus)... 52
— 3.35.6 (abdicatio) 55
— 4.6.6 (apud Deum) 57
— 4.9.1 (saevitia) 45
— 4.12 62
— 5.1.24 (forma) 49
— 5.40.10 (iustitia) 89

TABLE DES AUTEURS CITÉS

ABÉLARD, 18, 90, 96, 106.
ACETI, 77.
ALBERT LE GD (St), 60, 97, 98, 113, 121, 128.
ACCURSE, 50, 95.
ALEXANDRE III, 125.
ALEXANDRE DE HALÈS, 97, 99.
ALLART, 113, 114.
AMBROISE (St), 88.
ANSELME DE LAON, 96.
ANTONIN (St), 120.
ARBUS, 121.
ARISTOTE, 11, 40, 48, 72, 77, 80, 84, 85, 88, 89, 92, 98, 99, 104, 106, 113, 114, 116, 120, 127, 129, 134, 135, 136.
ARRANGIO-RUIZ, 93, 94.
ASHLEY, 12
AUGUSTIN (St), 11, 70, 85, 88, 95, 116, 126, 127, 135.
AZAIS, 51.
BACON, 134.
BALLERINI-PALMIERI, 67.
BARTH-GOEDECKMEYER, 89.
BARTHÉLEMY DE BRESCIA, 42, 44, 47, 57, 59, 66, 69, 73, 130.
BARTOLE, 137.
BASLER, 26.
BECK, 13.
BERNARD DE BOTTONE, 45, 55, 82, 130.
BIEDERLACK, 119.
BLASER, 95.
BOCHENSKI, 37.
BONAVENTURE (St), 51, 53, 56, 97, 117, 128.
BONFANTE, 36, 136.
BONSIRVEN, 95.
BOUCHE-LECLERCQ, 36.
BONIFACE VIII, 56.
BOURKE, 11.
BRASSLOF, 36.
CARLYLE, 80, 83, 84, 85, 96, 114, 116, 117.
CASTELLO, 50.
CATHREIN, 99, 102, 119.
CELSUS, 90.
CHENU, 15, 16, 17, 18, 26, 38, 41, 51, 90, 115, 133, 134.
CHRYSOSTOME (St Jean), 44, 110.
CICÉRON, 25, 38, 80, 85, 88, 89, 92, 93, 95, 96, 98, 105, 106, 116, 127, 128.
CLÉMENT VIII, 57.
CLERCQ (De), 129.
COLLINET, 136.
CONGAR, 40.
CONRAT, 124.
CORNELY, 95.
COSTA, 128.
CYPRIEN (St), 13, 37.
DANTE, 134.
DAUVILLIER, 44, 56.
DAUZAT, 128.
DAVITT, 76.
DEFOURNY, 114.
DÉLOS, 75, 121.
DI CARLO, 75, 103.
DIRKSEN, 94.
DUDBLED, 32.
DURAND-MISEREY, 109.
DUYNSTEE, 26.
ESCHMANN, 85, 125.
ESMEIN, 82.
ESMEIN-GÉNESTAL, 56.
ETIENNE de TOURNAI, 96, 117.
FABRO, 34.
FAVENTINUS, 95.
FESTUS, 127.
FLICHE, 51,
FLÜCKIGER, 94.
FOURNIER-LE BRAS, 132, 133.
FUCHS, 12, 110, 113.
FUNK, 91, 138.
GAIUS, 92, 112, 120.
GAUDEMET, 38, 93, 94, 96, 129.
GEBAUER, 77.
GEENEN, 11.
GEIGER, 34.
GENZNER, 133.
GHELLINCK (De), 1
137.
GIERKE, 119.
GIET, 116.
GIFFARD, 32, 35, 37, 43, 61, 70.
GILLET, 125.
GLORIEUX, 131.

GMÜR, 37.
GOFFREDUS DE TRANO, 82.
GRABMANN, 11, 12, 15, 70, 72, 91, 96.
GRANERIS, 75, 77, 113, 134.
GRATIEN, 18, 56, 96, 98, 105, 116, 117, 128, 129, 134.
GRÉGOIRE IX, 125.
GROTIUS, 104, 119.
GUILLAUME D'AUXERRE, 97.
HAGENAUER, 68.
HEINECCIUS, 119.
HENRY, 118.
HERING, 91.
HERMOGÉNIEN, 93, 94.
HERTLING (Von), 11, 19, 114, 135.
HIRSCHENAUER, 51.
HOLSCHER, 122, 138.
HONORIUS III, 125.
HORVATH, 115, 119.
HOSTIENSIS, 43, 49, 96, 132, 134.
HUGUCCIO, 44, 56, 96.
HUGUES DE ST VICTOR, 31, 96.
INNOCENT III, 55, 57, 134.
INNOCENT IV, 134.
IRNERIUS, 80, 117, 124.
ISAAC, 27, 28.
ISIDORE DE SÉVILLE (St), 36, 38, 44, 79, 85, 94, 97, 104, 105, 114, 117, 127, 128, 129.
JEAN ANDRÉ, 43.
JEAN LE TEUTONIQUE, 96, 101, 117.
JÉRÉMIE, 95.
JHERING (Von), 138.
JOURDAIN, 12.
JUSTINIEN, 32, 41, 59, 60, 87, 112, 117.
KAMPHUISEN, 88.
KANTOTOWICZ, 17,
KRASINSKI, 119.
KUBLER, 94, 136.
KUHLMAN, 12, 76, 82, 86, 96, 103, 124, 125, 129, 130, 134.
KUTTNER, 105, 106, 130, 133.
LACHANCE, 75, 77, 90, 135.
LACTANCE, 95.
LAGARDE, 103, 134.
LAGRANGE, 95.
LANDMESSER, 119.
LANDOLT, 120.
LASBAX, 85.
LAVERSIN, 76.
LE BRAS. 41, 72, 109, 110. 111.
LEMONNYER, 53.
LÉON XIII, 11.
LESSIUS, 11
LIBERATORE, 119.
LINHARDT, 12, 16, 29, 30, 71, 75, 96, 97, 113, 114, 118, 125.
LOCKE, 119.
LOMBARD (Pierre), 30, 32, 44, 54, 56, 69, 96.
LOMBARDI, 94.
LOTTIN, 43, 75, 76, 78, 91, 92, 94, 96, 97, 98, 99, 105, 106, 111, 112, 114, 126.
MAGGIORE, 103.
MAHIEU, 89.
MANDONNET-DESTREZ, 11.
MANDONNET-MOOS, 65.
MANSER, 91.
MARCIANUS, 85.
MAURENBRECHER,
MAURER, 95.
MENESSIER, 54.
MICHEL, 37.
MISEREY, 31.
MOLINA, 118.
MONIER, 32, 36, 47, 50, 54, 56, 58, 61, 68, 72, 82, 93, 114, 117, 136.
MONTESQUIEU, 119.
ODO DE OURA, 106.
OLGIATI, 75, 77, 103.
OLIVIER-MARTIN, 25, 28.
ONCLIN, 95.
PARADISI, 94.
PASSERIN D'ENTRÈVES, 103.
PAUL, 47, 54, 105, 117.
PAUL (St), 95.
PÈRES DE L'ÉGLISE, 72, 88, 95, 111, 116.
PFLÜGER, 58.
PIE X, 11.
PIE XI, 11.
PIERRE DE POITIERS, 31.
PLATON, 85, 114.
PRÉLOT, 85, 114.
PUFFENDORF, 119.
QUIRMBACH, 95.
RAYMOND DE PENNAFORT, 43, 45, 60, 62, 109, 130.
REINER, 85.
RENARD, 134.
RICCOBONO, 136.
RIVAUD, 89.
ROBILLARD, 29.
ROLAND-GOSSELIN, 95.
RUFFIN, 96, 117.
SAVIGNY, 137.
SCHILLING, 12, 75, 77, 80, 84, 85, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 114, 117.
SCHNEID, 12, 136.
SCHREYVOGL, 114.
SCHULTE, 129, 137.
SCHWALM, 116.
SCHWER, 29.
SÉJOURNÉ, 94.
SÉNÈQUE, 115.
SENN, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 105, 120.

SERTILLANGES, 75.
SIMON, 96.
SIMON DE TOURNAI, 106.
SIXTE V, 57.
SOHM, 134, 136, 137, 138.
SOKOLOWSKI, 136.
SOUSBERGHE (DE), 116, 118, 119.
SPIAZZI, 70.
SPICQ, 11, 25, 28, 49, 68, 71, 72, 73, 74, 115, 116, 118.
STANG, 76.
STINZING, 28, 130, 133.
STUTZ, 120.
SUAREZ, 84.

TALAMO, 113.
TAPARELLI, 119.
TERTULIEN, 13, 37.
TEETAERT, 130.
THOUZELLIER, 17, 124.
TISCHLEDER, 77.

ULLMANN, 80, 95, 96.
ULPIEN, 48, 80, 82, 89, 93, 95, 97, 98, 104, 112, 114, 119, 120, 128.
VALÈRE MAXIME, 38.
VAN DE EYNDE, 106.
VAN HOVE, 59, 80, 94.
VAN STEENBERGHEN, 15, 40.
VASQUEZ, 118.
VETULANI, 129.
VILLEY, 92, 93, 120, 126, 136.
VINOGRADOFF, 124, 134.
VIRGILE, 38.
VITORIA, 121.
VOGGENSPERGER, 94, 122.
WAGNER, 103.
WALTER, 12.
WALZ, 15, 31, 51.
WELTY, 85, 125.
WERNZ-VIDAL, 61.
WIEGRAND, 77.
WITTMAN, 75.
WULF (DE), 125.
ZEILLER, 77.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

Abus de pouvoir, 127.
Accusé (droits de l'), 69.
Adoption, 34 et suiv., 42,
Adultère, 42, 69.
Amende, 128.
Analogies, 24 et suiv.
Anges, 35, 36.
Auctoritates, 18.
Appel judiciaire, 26.
Aveu judiciaire, 26.
Axiomes juridiques, 41 et suiv.
Bailli, 36.
Bien commun, 65, 68, 69, 74.
Bienheureux (élus), 32 et suiv.
Bigamie, 98, 111.
Bologne (école de), 106, 124, 129, 136.
Caeremonia, 38.
Cessio bonorum, 58.
Chalcédoine (concile de), 42.
Citations, 12, 19 et suiv.
Civitas, 84.
Coercition, 78, 83.
Cognatio legalis, 62.
Commentaires d'Aristote, 15, 16, 25.
— de l'Ecriture, 15, 25, 26.
— des Sentences de Pierre Lombard, 16.
Communisme des Pères, 116, 118.
Concubinage, 45.
Condamnation judiciaire, 26.
Consanguinité (degrés de), 59.
Consentement, 43, 44, 46.
Contumelia, 126.
Convicium, 126.
Crainte, 43, 46-48.
Crimen, 127.
Culpa, 127.
Curatelle, 41.
Damnum, 126.
Débiteur insolvable, 57-58.
Décrétistes, 96, 97.
Définitions juridiques, 46.
Delictum, 127.
Dialectique, 18, 25.
Discussions théologiques, 42.
Distinctio, 133.
Divisions juridiques, 49.
Dominium, 71.
Dos (dot), 32 et suiv.
Droit, voir aussi au mot ius.
— définition, 90, 102, 119.
— objectif, 59, 90.
— subjectif, 91.
— (philosophie du), 87 et suiv.
Droit canonique chez s. Thomas, 128 et suiv.
Droit canonique et théologie, 132. 133.
Droit des gens, voir ius gentium.
Droit naturel. Voir aussi loi naturelle.
— chez les Grecs, 92.
— chez les Romains, 92, 93,
— chez Isidore de v. et les glossateurs, 95.
— chez les canonistes et théologiens, 96-97.
— chez s. Thomas, 97 et suiv., 119 et suiv.
Droit romain, son enseignement au Moyen Age, 124-125.
— sa transformation au Moyen Age, 136-138.
Enfants, 60.
Equité (épikie), 79-81.
Erreur, 44.
Esclavage, selon Aristote, 114.
— selon s. Thomas (servage), 113 et suiv.
— le serf, 30 ; sa condition juridique, 115 ; mariage du serf, 45 ; enfants du serf, 49-51.
Etat (doctrine de l'), 77 ; voir aussi Prince.
Etat de vie, voir status.
Etymologies, 38-39.
Faux témoignage, 127.
Fenus, 72 ; voir aussi Usure.
Fonctions civiles, 35.
Fraude, 48, 78, 117, 127 ; Vice.
Frigidité, 46.
Gain honteux, 65-67.
Gain illicite, 64-65.
Glossateurs (méthode des), 136-137 ; voir aussi droit naturel.

Homicide, 69, 127.
Ignorance, 43, 49.
Illégitimité, 60.
Incarceratio, 127.
Inceste, 62.
Inclinations naturelles, 100-101.
Infamie de droit, 67.
Injuria, 126.
Instrumenta (judici
Intérêt, 74.
Inventio, 116-117.
Irrégularité canonique, 128.
Iudicium, 27, 78.
Ius, voir Droit.
Ius civile, 92-93, 105 et suiv.
Ius gentium, chez les Romains, 92-93.
— chez Isidore de Sév. et les glossat., 94-95.
— chez les canonistes et les théolog., 96-97.
— chez s. Thomas, 97-104, 107, 108, 120, 121.
— au sens de droit naturel déchu, 93, 95, 117, 118, 120.
Ius positivum, 105 et suiv.
Jeûne, 41.
Jeux de hasard, 64-65.
Juge, 25, 26, 67.
Juridiction, 52.
Juristes, 50, 83, 95, 99, 106, 107, 114, 116, 129, 131, 136, 137.
Juste prix, 67-68.
Justice (vertu de), 88 et suiv.
Légitimation, 60.
Lèse-majesté (crime de), 128.
Lex Iulia de Adulteriis, 42.
Libelle judiciaire, 26.
Liberté, 44, 45, 58.
Liber vitae, 36.
Loi, 75 et suiv.
— définition, 76.
— objet, 81.
— but, 79.
— qualités, 79.
— effets, 78.
— obligation, 80.
— promulgation, 82.
— rapports avec le droit, 76, 77, 103-104.
Loi éternelle, 76, 100.
Loi naturelle, 76, 100 et suiv.
— chez s. Paul et les Pères, 95.
— et droit naturel, 78, 103-104, 120.
Loi positive, 77, 101.
Loi pénale, 78, 83.
Maladie (vice rédhibitoire), 48.
Mancipium (mancipatio), 31, 56.
Mariage, définition, 44, 109 et suiv.
— fins, 98, 109, 110,
Mariage, unité, 111, 112.
— indissolubilité, 112,
— consentement, 44.
— contrat, 41, 110.
— empêchements âge, 41 ; affinité, 44, ; frigidité, 46 ; vœu, 45, 56.
— et le droit naturel, 98, 109.
— spirituel, 31 et suiv.
— et virginité, 110.
Matriculum, 36.
Mendicité, 52-53.
Méthode juridique de s. Thomas, 130, 134 et suiv.
Miles, 36 et suiv.
Mineurs, 41, 131.
Monnaie, 58.
Morale (philosophie), 75.
— sexuelle, 109 et suiv.
Mort (peine de), 26, 42.
Mutilation, 127.
Mutuum, 72.
Objections, 18.
Occupation (propriété), 116-117.
Œuvres de s. Thomas, 15-17.
Opuscules de s. Thomas, 17.
Ordre moral et ordre juridique, 75-78.
Pacte, 84-85.
Participation (doctrine de la), 34.
Patresconscripti, 36.
Péché, 30, 127.
Péché originel, 95, 111, 117.
Péché contre nature, 113.
Pécheur, 30-31.
Peculatus, 126.
Perfection chrétienne, 31, 53 ; aussi Religieux.
Personnalité juridique, 125.
Plagium, 126.
Poena, 127.
Polygamie, 111.
Possessio, 71.
Praeceptum, 79.
Préceptes de la loi natur 106, 111, 112.
Prescription, 70-71.
Prince (et la loi), 82-84.
Principes premiers et seconds de la loi naturelle, 111-112.
Procédure judiciaire, 24 et suiv., 49.
Procès de Satan, 28.
Promesse (pollicitatio), 54.
Proprietas, 71.
Propriété privée, 115 et suiv.
— origine, 116.
— modes d'acquisition, 116,117
— doctrine scolastique, 115-119.
Prostituées, 66-67.

Quaestio, 17 et suiv., 133.
— disputata, 16, 133.
— quodlibetalis, 16.
Raisonnement juridique, 49 et suiv.
Rapine, 117, 126.
Rapt, 62.
Ratio iuris, 76.
Règles du droit, 44 et suiv.
Religieux (Ordres) :
— entrée dans les, 51, 57, 59, 131.
— juridiction, 52.
— mendiants, 52-53.
— vœux, 53-57, 131 et suiv.
— défense des, 51 et suiv, 131 et suiv.
Répertoire des citations, 19-23.
Restitution judiciaire, 128, 138.
Sacra, 37.
Sacramentum, 36.
Sacrilège, 42, 126.
Sancta, sacrosanta, 37.
Sentence judiciaire, 26.
Serf., voir Esclavage.
Serment judiciaire, 26.
Sexuelle (morale) 109 et suiv.
Sociétés, 51-52.
Solennité (juridique), 55-56.
Soldats, voir Matriculum et Miles.
Somme Théologique, 16.
Status, 28 et suiv.
Stoïcisme, 89, 92, 95, 115, 120.
Stuprum, 62.
Succession héréditaire, 42, 52, 62.
Supplément à la Somme théologique, 16, 111, 112,
Témoins judiciaires, 26.
Trésor (découverte de),
Tuteur, 41.
Usufruit, 74.
Usure, 66, 71-74.
Verberatio, 127.
Vices cachées, 48.
Vindicta, 127.
Violence, 47.
Virginité, 110.
Vœux, voir Mariage et
Vol, 78, 116, 126.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

PRÉFACE .....

ABRÉVIATIONS

AVANT-PROPOS .....

INTRODUCTION.....

CHAPITRE PREMIER. — *Les citations de droit romain et leur c*
raire 15

1° Les Œuvres de s. Thomas 15
A. – Les Commentaires. 15
B. – Les Œuvres systématiques 16
C. – Les autres écrits..... 16
2° Caractéristiques générales de l' 17
3° Répertoire des citations..... 19

CHAPITRE II. — *Le Droit Romain utilisé comme analogie* 24

1° La Procédure judi 're 25
2° Status vitae 28
3° La dot des bienheureux 32
4° L'adoption divine 34
5° Analogie ssecondaires.. 35
6° Recours à l'étymologie..... 38

CHAPITRE III. — *Le Droit Romain utilisé comme ar* 40

1° Recours à des axiomes juridiques..... 41
a) adages juridiques..... 41
b) règles du droit 44
2° Recours à une définition ou distinction.. 46
3° Recours à un raisonnement juridique.. 49
A. – La condition des enfants des serfs..... 49
B. – Défense de l'état religieux.. 51
a) arguments polémiques.. 51
b) théorie des vœux. 53
c) l'entrée en religion du débiteur insolvable..... 57
4° Le Droit Romain canonisé.. 59
1. Mariage et légitimation..... 59
2. L'adoption..... 60

CHAPITRE IV. — *Le Droit Romain, source doctrinale indirecte*..... 63

1re partie. Les exigences de l'ordre juridique..... 63
A. – Le droit source de moralité.. 64
a) Gain illicite..... 64
b) Gain honteux 65
– Conflits de compétence. 67
a) Les lésions du juste prix 67
b) Le droit de l'accusé 69
c) La prescription de mauvaise foi..... 70
d) L'usure..... 71

2e partie. La dignité de l'ordre juri 74
A. – Généralités 75
B. – La loi humaine vue à travers les textes de droit romai 78
a) but de la loi 78
b) l'utilité de la loi..... 79
c) l'équité et la loi.. 79
d) qualités de la loi..... 81
e) le prince et la loi 82
f) l'ordre juridique selon s. Thomas 84

CHAPITRE V. — *Le Droit Romain source doctrinale directe* 87

A – La philosophie du droit et les textes romains 88
1° La justice et le droit..... 88
2° Ius naturale et ius genti 91
I. Le legs du passé..... 92
A – La tradition juridique 92
a) chez les grecs..... 92
b) chez les romains 92
c) chez Isidore de Séville 94
d) chez les glossateurs du droit romai 95
B – La tradition patristique et théologique 95
a) chez s. Paul et les Pères 95
b) chez les premiers théolo 95
c) chez Gratien..... 96
d) chez les décrétistes 96
e) chez les théologiens du XIIIe s..... 97
II. La synthèse de saint Thomas. 97
1. Commentaire des Sentences..... 97
1. Commentaire de l'Ethique à Nicom..... 99
3. La Somme théologique 99
3° Ius civile et ius positivum..... 105
– Répercussions de cette adoption du droit romai 109
1° Morale sexuelle et conjugale..... 109
2° L'esclavage..... 113
3° La propriété privée..... 115

CHAPITRE VI. — *Science et Méthode juridique chez s. Thomas*..... 123

1° La documentation juridique de s. Thomas..... 124
a) ses sources et son étendue... 124
b) ses intermédiaires 128
2° Saint Thomas et les juristes 131
3° Saint- Thomas juriste ?..... 134

BIBLIOGRAPHIE..... 141
TABLE DES TEXTES CITÉS 149
TABLE DES AUTEURS CITÉS..... 155
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES 159
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES 163

12-1954. — St-Amand (Cher). Imprimerie Ch.-A BÉDU. N° 31.1293
Dépôt légal 4e trimestre 1954. N° d'imprimeur 1613